

LAUDO ARBITRAL
TRIBUNAL DE ARBITRAJE

DE:

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

1. PARTES.

1.1. Parte Convocante.

La sociedad PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S., domiciliada en la ciudad de BOGOTÁ, representada legalmente por MARTHA LILIANA RODRÍGUEZ MOTA, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal aportado con la demanda.

1.2.- Parte Convocada:

La sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., sociedad domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por VICTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal aportado de la demanda.

1.3.-Llamada en Garantía.

La sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., sociedad domiciliada en Bogotá y cuyo representante legal es el señor JORGE ENRIQUE DE JESÚS

445

URIBE MONTAÑO, tal como consta en el certificado de representación legal que obra en el expediente.

2. EL PACTO ARBITRAL.

La cláusula compromisoria arbitral invocada está contenido en la cláusula DECIMA OCTAVA, del Contrato de Obra Civil 001 celebrado entre las partes el día 28 de diciembre de 2011, el cual dispone:

"DÉCIMA OCTAVA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que se pudieren presentar entre las partes con ocasión de la interpretación, aplicación, ejecución, terminación o liquidación de este Contrato y que no pudieren conciliar las partes se someterán al procedimiento arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, determinando el número de árbitros en tres (3), salvo por los asuntos de menor cuantía en que el arbitramento será de un (1) solo árbitro. Los árbitros serán nombrados por las partes, de común acuerdo, o en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de dicha cámara, lugar donde tendrá sede y sesionará el Tribunal de Arbitramento. El fallo será en derecho y los árbitros deberán ser abogados en ejercicio. La parte que resulte vencida deberá asumir las costas del proceso".

3. EL TRÁMITE ARBITRAL.

3.1. La demanda arbitral: El 24 de septiembre de 2013, se radicó la demanda arbitral.

3.2. Designación de Árbitros: Los árbitros fueron designados mediante sorteo público el día 15 de octubre de 2013, una vez surtido el trámite de notificación de los árbitros previsto en la ley, el Tribunal quedó integrado por los doctores **IVONNE GONZÁLEZ NIÑO, LUIS CAMILO OSORIO ISAZA y CESAR JULIO VALENCIA COPETE.**

3.3. Instalación y admisión de la demanda: El Tribunal Arbitral realizó la audiencia de instalación el 10 de diciembre de 2013, en sesión realizada en las oficinas de la sede Salitre Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede (Acta N° 1,) designó presidente a la doctora **IVONNE GONZÁLEZ NIÑO**, admitió la demanda notificándose a la parte convocante y designó como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR.**

3.4. Contestación de la demanda, demanda de reconvención y llamamientos en garantía: El día 10 de enero 2014, dentro del término de ley, el apoderado de la parte convocada, contestó la demanda, presento demanda de reconvención, solicitó llamamiento en garantía a las sociedades SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A., presentó excepciones de mérito y solicitó pruebas. La demanda de reconvención se admitió mediante providencia de fecha 30 de enero 2014 (Acta No. 2). El día 6 de marzo de 2014, se presentó por el apoderado de la parte un llamamiento en garantía a la sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. Los llamamientos en garantía formulados fueron admitidos mediante auto de fecha 19 de marzo de 2014 (Acta No.3), fueron notificadas las sociedades llamadas en garantía quienes en tiempo contestaron los llamamientos a ellas formulados.

3.5. Traslado de las excepciones: Mediante secretaría el día 16 de junio de 2014, se corrió traslado a los apoderados de las convocadas de los escritos de contestación de la demanda y de las contestaciones a los llamamientos en garantía, respecto de los cuales los apoderados de las partes presentaron escritos describiendo dicho traslado el día 24 de junio de 2014.

3.6. Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios: El día 20 de agosto de 2014, se surtió la audiencia de conciliación y una vez fracasada, se realizó la fijación de los gastos y honorarios del Tribunal, estos fueron pagados por la parte convocante tal como se informó al inicio de la presente audiencia y posteriormente fueron reembolsados por la parte convocada. La sociedad llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR, también realizó el pago de las sumas a ella fijadas, mientras que la sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A. no pagó las sumas fijadas a su cargo, por lo cual se dispuso por el Tribunal mediante auto de fecha 25 de septiembre de 2014 continuar sin su intervención.

3.7. Primera audiencia de trámite: El día 25 de septiembre de 2014, se realizó, la primera audiencia de trámite, el Tribunal de Arbitraje se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias planteadas en la demanda arbitral, sus contestaciones, excepciones de fondo, el llamamiento en garantía formulado a la sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y sus respuestas.

447

3.8.Pruebas: Ejecutoriada la providencia por la cual asumió competencia, el día 25 de septiembre de 2014, el Tribunal decretó las pruebas, los documentos aportados por las partes en sus escritos o en cumplimiento de las exhibiciones de documentos decretadas por el Tribunal, los oficios remitidos a TRANSMILENIO S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., SEGUROS BOLIVAR S.A., GRUPO EMPRESARIAL DELFOS LTDA, ARMENTA CHAVARRO Y CIA., FERRETERIA TREMIZ, CEMEX COLOMBIA S.A., HOLCIM COLOMBIA S.A. y DRACO S.A., testimonios de AIDA CASTAÑEDA, WILSON LEÓN BERNAL, FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA, ALFONSO BERNAL, ISMAEL NIÑO RIVERA, JAVIER CASTIBLANCO, FABIO CRISTANCHO, LUIS MANUEL RODRIGUEZ, FRANCISCO RODRIGUEZ, NATALIA SILVA NIÑO, ISMAEL SANTANA, RONALD AUGUSTO ARRIERA, ALBERTO USAQUÉN quien fue tachado de sospecha por el apoderado de la parte convocante, los testimonios se practicaron los días 14 de octubre de 2014, 12 de noviembre de 2014, 13 de noviembre de 2014, 26 de noviembre de 2014, 10 de diciembre de 2014, 20 de enero de 2015 y 24 de marzo de 2015, también se practicaron los interrogatorios de parte de los representantes legales de las partes y de cuyas transcripciones se surtió el traslado correspondiente; los testimonios de ANA MARIA VEGA y WILLIAM PINILLA, fueron desistidos por los apoderados de la parte convocada y convocante respectivamente. De igual forma se practicaron dictámenes periciales financiero y contable el cual fue rendido por la perito GLORIA ZADY CORREA, el cual fue, aclarado y complementado por solicitud de las partes; así como el dictamen técnico rendido por el perito CARLOS ORTEGA, el cual fue aclarado y complementado por solicitud de las partes y el cual se objetó por error por los apoderados de ambas partes. De igual forma se practicó la inspección judicial en el portal de Usme, lugar donde se desarrolló la obra contratada.

3.9. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA: Concluida la etapa probatoria, el Tribunal mediante auto de fecha 16 de junio de 2014, los apoderados de las partes en audiencia de 9 de julio de 2015, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos que sustentan sus posiciones a partir de lo probado a lo largo del proceso arbitral.

3.10.AUDIENCIA DE LAUDO: El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

4. LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.

4.1. La demanda arbitral.

448

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

La Parte Convocante pretende:

"II.1 Principales

1. Se declare la existencia del Contrato Civil de obra No. 001 celebrado por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011.
2. Se declare la existencia del otrosí No. Uno (1) al Contrato Civil de obra No. 001 celebrado por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011, otrosí suscrito el 20 de Abril de 2.012.
3. Se declare que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. introdujo cambios unilaterales e inconsultos en las condiciones de ejecución del contrato civil de obra No. 001 y su otrosí No. 1, celebrados por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011 y el 20 de Abril de 2.012, respectivamente
4. Se declare que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. produjo un claro desequilibrio económico-financiero en el contrato en contra de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. por los cambios unilaterales e inconsultos en las condiciones de ejecución del contrato civil de obra No. 001 y su otrosí No. 1, celebrados por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011 y el 20 de Abril de 2.012, respectivamente.
5. Se declare que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. generó e indujo la frustración del contrato por la suspensión injustificada de los trabajos contratados y, finalmente, por imposibilitar la ejecución completa del contrato por parte de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
6. Se declare que el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. incumplió el contrato civil de obra No. 001 y su otrosí No. 1, celebrados por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011 y el 20 de Abril de 2.012, respectivamente.
7. Que como consecuencia de las declaraciones anteriormente solicitadas, se declare civil y contractualmente responsable a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. frente a PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.

449

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

8. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. a pagar a PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. las siguientes sumas de dinero, por los conceptos que a continuación se relacionan:

VALOR RECLAMADO POR ITEM

8.1 Hierro: \$13'904.091.00, correspondiente al saldo insoluto de 5.74 toneladas de hierro.

8.2 Casetón: \$1'247.975.00, correspondiente al valor del casetón adquirido para construir las tres placas del edificio, y no empleado por decisión unilateral de SI 99, (sólo se construyeron dos de ellas).

8.3 Retraso de obras – stand by: \$38'652.084.00, correspondiente a gastos administrativos por el retraso causado por inexistencia de diseños ajustados y completos, desde el 19 de Junio al 15 de Julio de 2012, (27 días).

8.4 Stand by por dos (2) días no laborados por decisión unilateral de SI 99 durante el 27 y 28 de Mayo de 2012, correspondientes a gastos administrativos: \$2'563.200.00

8.5 Retraso de obras – Stand by por once (11) días de retraso en la entrega del hierro, por decisión unilateral de la interventoría, correspondientes a gastos administrativos: \$21'282.657.00

8.6 Intereses de 11 días sobre los \$40'000.000.00 dispuestos por PRIME para pagar el pedido de hierro: \$366.667.00

8.7 Trabajos de topografía asumidos por PRIME en localización de obras: \$9'634.053.00

8.8 Retraso de obras – Stand by - por indefiniciones de diseños durante Febrero de 2012 (10 días), correspondientes a gastos administrativos: \$17'516.311.00

8.9 Stand by por nueve (9) días no laborados por decisión unilateral de SI 99 entre el 16 y 25 de Enero de 2012, correspondiente a gastos administrativos: \$18'321.492.00

480

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

8.10 Intereses causados por el retraso en el pago del anticipo: \$3'909.098.00 o la suma que se acredite en el proceso

8.11 Permanencia del contenedor en el sitio de la obra por decisión unilateral e injustificada de SI 99 durante 2,5 meses, desde 15 de Julio de 2012 hasta 30 de Septiembre de 2012: \$1'145.250.00

8.12 Permanencia de baño móvil en el sitio de la obra por decisión unilateral e injustificada de SI 99 durante 2,5 meses, desde 15 de Julio de 2012 hasta 30 de Septiembre de 2012: \$800'000.00

8.13 Valores que hubo de cancelar PRIME por concepto de pólizas por decisión unilateral de SI 99, y que no fueron devengados: \$19'063.153.00

8.14 Mayor valor del concreto por no haber podido negociar precio en el año 2011: \$72'377.723.00

8.15 Costo del curso en alturas impuesto por decisión unilateral e injustificada de la interventoría y de SI 99: \$2'088.000.00

8.16 Mayor valor pagado por PRIME en mano de obra por la decisión unilateral de SI 99 de no aceptar subcontratos con personas naturales: \$ 109'760.526.00

8.17 Valor del sub contrato para instalaciones eléctricas con la persona jurídica que acompañó durante todo el proceso en los ajustes, consultas y aclaraciones de los diseños del proyecto, (debido a los errores e inexistencia parcial de los mismos): \$16'100.946.00

8.18 Valor del inventario de materiales adquiridos por PRIME para ejecutar la obra, que se encontraban en el contenedor, retenido por SI 99 desde el 15 de Julio de 2012: \$30'861.603.00

8.19 Utilidad esperada por la ejecución del contrato y desde un principio ofertada: \$24'468.360.00

8.20 Valor de la obtención de andamios para construir la tercera placa del proyecto, no construida por unilateral e injustificada de SI 99: \$1'200.211.00

8.21 Valor ofertado para la consecución de madera, listones, tablonés, y formalelas para la ejecución del proyecto, incluidas tres placas del proyecto, modificado unilateralmente por SI 99: \$10'535.601.00

8.22 Gastos administrativos asumidos por PRIME por 5,1 meses de ejecución del contrato, (descontando 1,9 meses de stand by): \$140'863.613.00

TOTAL ITEMS **\$ 543'769.710.00**

9. Se condene a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. a reconocer y pagar intereses corrientes comerciales sobre todas las sumas de dinero relacionadas en el numeral anterior, desde la fecha de la o las erogaciones, y hasta la fecha del pago, todo conforme a lo solicitado en el acápite en el que se indica el objeto del dictamen pericial.

En el caso de los ítems que a continuación se indican, se solicita condenar al pago de los intereses corrientes comerciales desde el 15 de Julio de 2.012 y hasta que se verifique el pago:

9.1 El mayor valor total asumido por PRIME como consecuencia de la contratación directa por administración del personal de la obra por decisión unilateral de SI 99, con los correspondientes intereses comerciales desde la fecha en que se efectuó cada una de las erogaciones por concepto de pagos mano de obra hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago.

Subsidiariamente en este punto se solicita calcular los intereses desde el 15 de Julio de 2.012.

9.2 El valor total pagado al ingeniero eléctrico y los intereses comerciales corrientes que dicha suma de dinero generó desde la fecha en que se efectuó cada uno de los pagos hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago, así como su efecto sobre el AIU

Subsidiariamente en este punto se solicita calcular los intereses desde el 15 de Julio de 2.012.

9.3 El valor total de los materiales que se encontraban en el contenedor que SI 99 indebidamente retuvo, de acuerdo a la relación contenida en la comunicación fechada el 16 de Noviembre de 2.012, y los intereses comerciales corrientes que

dicha suma de dinero generó desde el 15 de Julio de 2.012 hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago, así como su efecto sobre el AIU

9.4 La utilidad dejada de percibir por PRIME de acuerdo a la reforma de la propuesta y el AIU en ella contemplado, finalmente aceptada y con base en la cual se suscribió el contrato, con los correspondientes intereses comerciales corrientes que dicha suma de dinero generó desde el 15 de Julio de 2.012 hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago, así como su efecto sobre el AIU

10. Se condene a SI 99 a pagar en favor de PRIME la suma \$210'000.000.00 por concepto de cláusula penal, prevista en la cláusula décima segunda del contrato civil de obra No. 001 de 2.011.

11. Se decrete la terminación del contrato civil de obra No. 001 de 2.011 celebrado entre las partes.

12. Se condene a la convocada a pagar las costas procesales, incluidas agencias en derecho.

II.2 Subsidiarias

1. Se declare la existencia del Contrato Civil de obra No. 001 celebrado por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011.

2. Se declare la existencia del otrosí No. Uno (1) al Contrato Civil de obra No. 001 celebrado por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011, otrosí suscrito el 20 de Abril de 2.012.

3. Se declare que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. introdujo cambios unilaterales e inconsultos en las condiciones de ejecución del contrato civil de obra No. 001 y su otrosí No. 1, celebrados por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011 y el 20 de Abril de 2.012, respectivamente

4. Se declare que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. produjo un claro desequilibrio económico-financiero en el contrato en contra de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. por los cambios unilaterales e inconsultos en las condiciones de ejecución del contrato civil de obra No. 001 y su otrosí No. 1, celebrados por las partes el día 28 de Diciembre de 2.011 y el 20 de Abril de 2.012, respectivamente.

453

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

5. Se declare que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. generó el desequilibrio económico-financiero en el contrato en contra de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. por imposibilitar la ejecución completa del contrato por parte de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.

6. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. a restituir el equilibrio económico y pagar a PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. las siguientes sumas de dinero, por los conceptos que a continuación se relacionan:

VALOR RECLAMADO POR ITEM

8.1 Hierro: \$13'904.091.00, correspondiente al saldo insoluto de 5.74 toneladas de hierro.

8.2 Casetón: \$1'247.975.00, correspondiente al valor del casetón adquirido para construir las tres placas del edificio, y no empleado por decisión unilateral de SI 99, (sólo se construyeron dos de ellas).

8.3 Retraso de obras – stand by: \$38'652.084.00, correspondiente a gastos administrativos por el retraso causado por inexistencia de diseños ajustados y completos, desde el 19 de Junio al 15 de Julio de 2012, (27 días).

8.4 Stand by por dos (2) días no laborados por decisión unilateral de SI 99 durante el 27 y 28 de Mayo de 2012, correspondientes a gastos administrativos: \$2'563.200.00

8.5 Retraso de obras – Stand by por once (11) días de retraso en la entrega del hierro, por decisión unilateral de la interventoría, correspondientes a gastos administrativos: \$21'282.657.00

8.6 Intereses de 11 días sobre los \$40'000.000.00 dispuestos por PRIME para pagar el pedido de hierro: \$366.667.00

8.7 Trabajos de topografía asumidos por PRIME en localización de obras: \$9'634.053.00

8.8 Retraso de obras – Stand by - por indefiniciones de diseños durante Febrero de 2012 (10 días), correspondientes a gastos administrativos: \$17'516.311.oo

8.9 Stand by por nueve (9) días no laborados por decisión unilateral de SI 99 entre el 16 y 25 de Enero de 2012, correspondiente a gastos administrativos: \$18'321.492.oo.

8.10 Intereses causados por el retraso en el pago del anticipo: \$3'909.098.oo o la suma que se acredite en el proceso

8.11 Permanencia del contenedor en el sitio de la obra por decisión unilateral e injustificada de SI 99 durante 2,5 meses, desde 15 de Julio de 2012 hasta 30 de Septiembre de 2012: \$1'145.250.oo

8.12 Permanencia de baño móvil en el sitio de la obra por decisión unilateral e injustificada de SI 99 durante 2,5 meses, desde 15 de Julio de 2012 hasta 30 de Septiembre de 2012: \$800'000.oo

8.13 Valores que hubo de cancelar PRIME por concepto de pólizas por decisión unilateral de SI 99, y que no fueron devengados: \$19'063.153.oo

8.14 Mayor valor del concreto por no haber podido negociar precio en el año 2011: \$72'377.723.oo

8.15 Costo del curso en alturas impuesto por decisión unilateral e injustificada de la interventoría y de SI 99: \$2'088.000.oo

8.16 Mayor valor pagado por PRIME en mano de obra por la decisión unilateral de SI 99 de no aceptar subcontratos con personas naturales: \$ 109'760.526.oo

8.17 Valor del sub contrato para instalaciones eléctricas con la persona jurídica que acompañó durante todo el proceso en los ajustes, consultas y aclaraciones de los diseños del proyecto, (debido a los errores e inexistencia parcial de los mismos): \$16'100.946.oo

8.18 Valor del inventario de materiales adquiridos por PRIME para ejecutar la obra, que se encontraban en el contenedor, retenido por SI 99 desde el 15 de Julio de 2012: \$30'861.603.oo

8.19 Utilidad esperada por la ejecución del contrato y desde un principio ofertada: \$24'468.360.00

8.20 Valor de la obtención de andamios para construir la tercera placa del proyecto, no construida por unilateral e injustificada de SI 99: \$1'200.211.00

8.21 Valor ofertado para la consecución de madera, listones, tablonés, y formaleas para la ejecución del proyecto, incluidas tres placas del proyecto, modificado unilateralmente por SI 99: \$10'535.601.00

8.22 Gastos administrativos asumidos por PRIME por 5,1 meses de ejecución del contrato, (descontando 1,9 meses de stand by): \$140'863.613.00

TOTAL ITEMS **\$ 543'769.710.00**

9. Se condene a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. a reconocer y pagar intereses corrientes comerciales sobre todas las sumas de dinero relacionadas en el numeral anterior, desde la fecha de la o las erogaciones, y hasta la fecha del pago, todo conforme a lo solicitado en el acápite en el que se indica el objeto del dictamen pericial.

En el caso de los ítems que a continuación se indican, se solicita condenar al pago de los intereses corrientes comerciales desde el 15 de Julio de 2.012 y hasta que se verifique el pago:

9.1 El mayor valor total asumido por PRIME como consecuencia de la contratación directa por administración del personal de la obra por decisión unilateral de SI 99, con los correspondientes intereses comerciales desde la fecha en que se efectuó cada una de las erogaciones por concepto de pagos mano de obra hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago.

Subsidiariamente en este punto se solicita calcular los intereses desde el 15 de Julio de 2.012.

9.2 El valor total pagado al ingeniero eléctrico y los intereses comerciales corrientes que dicha suma de dinero generó desde la fecha en que se efectuó cada uno de los pagos hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago, así como su efecto sobre el AIU

Subsidiariamente en este punto se solicita calcular los intereses desde el 15 de Julio de 2.012.

9.3 El valor total de los materiales que se encontraban en el contenedor que SI 99 indebidamente retuvo, de acuerdo a la relación contenida en la comunicación fechada el 16 de Noviembre de 2.012, y los intereses comerciales corrientes que dicha suma de dinero generó desde el 15 de Julio de 2.012 hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago, así como su efecto sobre el AIU

9.4 La utilidad dejada de percibir por PRIME de acuerdo a la reforma de la propuesta y el AIU en ella contemplado, finalmente aceptada y con base en la cual se suscribió el contrato, con los correspondientes intereses comerciales corrientes que dicha suma de dinero generó desde el 15 de Julio de 2.012 hasta el momento del pago, precisando la fórmula para proyectarlos hasta el momento de su pago, así como su efecto sobre el AIU

10. Se decrete la terminación del contrato civil de obra No. 001 de 2.011 celebrado entre las partes.

11. Se condene a la convocada a pagar las costas procesales, incluidas agencias en derecho.

SE SOLICITA AL HONORABLE TRIBUNAL ARBITRAL SE ACCEDA A LAS PRETENSIONES INCOADAS, Y EN TODO CASO Y TANTO PARA LAS PRINCIPALES COMO PARA LAS SUBSIDIARIAS, SE CONDENE A LA DEMANDADA A RECONOCER A MI MANDANTE AQUELLAS SUMAS DE DINERO RECLAMADAS QUE RESULTEN PROBADAS A LO LARGO DEL PROCESO, Y EN TODO CASO LOS MONTOS DE DINERO EN QUE SE CAUSÓ DETRIMENTO AL COMPONENTE AIU CONFORME RESULTE PROBADO._

4.2. La contestación a la demanda arbitral.

La Parte Convocada al contestar la demanda, se pronunció sobre cada uno de los hechos y pretensiones, solicitaron pruebas, y formuló como excepción de merito:

457

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

"1.-Carece la demandante del derecho a demandar lo pretendido, toda vez ue fue su incumplimiento (primero, reiterado y acumulado) lo que ocasionó todo el descalabro en la ejecución de este contrato hasta determinar su ruptura unilateral por justa causa. PRIME pretende que los mecanismos de defensa que la contratante se vio obligada a utilizar para proteger sus intereses, constituyen incumplimiento por parte de SI99"

5. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SU CONTESTACIÓN.

5.1. La demanda de reconvención.

El demandante en reconvención pretende:

"

1. **PRIMERA PRETENSIÓN:** Que se declare que entre la sociedad SI99 S. A. y PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. se ceiebró el Contrato de Obra Civil 001, el cual existe, es valido y se rige por las clausulas del acuerdo inicial suscrito el 28 de Diciembre de 2011, así como el otrosi celebrado entre las partes con fecha 20 de abril de 2012.
2. **SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que se declare que PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. incumplio el objeto del contrato en mención, violo varias de sus obiigaciones, y desconoció múltiples cláusulas del mismo, tal y como se demostrará en el proceso, entre otros, en relación con los siguientes aspectos contractuales, por lo cual se solicita:
 - 2.1. Que se declare que por virtud de la presentación por parte de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. de un estudio de suelos espurio, se puso en imposibilidad material de dar cumplimiento al objeto contratado, vulnerando con ello la carga obligacional estipulada, de la cual se hizo responsable.
 - 2.2. Que se declare que ante la omisión en la cual incurrió PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. en afiliar al personal que contrato al sistema integral de seguridad social, ha frustrado el objeto del contrato impidiendo su ejecucion.
 - 2.3. Que ante las deficiencias en el proceso constructivo PRIME CONSULTORIAS

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

Y CONSTRUCCIONES S. A. S. no acató el diseño estructural poniendo en riesgo la estabilidad de la obra y, por ello, incumpliendo el objeto contractual acordado.

- 2.4. Que al no existir modificación a los diseños estructurales presentados por SI99 S. A. desde el acta de inicio y hasta el dieciseis (16) de Julio de 2012, la compañía PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. se sometió a ejecutar la obra según las especificaciones pactadas en el acuerdo de voluntades.
- 2.5. Que ante la mora sistemática, prolongada e injustificada atribuible a PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. la obra no se ejecutó dentro del plazo estipulado de acuerdo al cronograma de obra, tanto en el acuerdo inicial como en el otro suscrito.
- 2.6. Que ante la falta de soportes contables PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. no ha soportado el buen manejo al anticipo entregado, incumpliendo los deberes adquiridos en el acuerdo pactado.
3. TERCERA PRETENSIÓN: Que se declare y ordene, como consecuencia de los anteriores incumplimientos del Contrato de Obra Civil por parte de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. la terminación del contrato de obra civil con indemnización de perjuicios.
4. CUARTA PRETENSIÓN: Que se condene a la sociedad PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. a pagar SI99 S. A. a título de indemnización, todos los perjuicios causados con su incumplimiento, tanto por concepto de (i) daño emergente, por la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, (\$ 187.100.375,52), de acuerdo con la determinación de los mismos que se presenta en el acápite de Perjuicios de la presente demanda y con las pruebas documentales y la estimación pericial que se haga en el proceso, como por; (ii) lucro cesante, correspondiente a la tasa máxima mensual de interés moratoria fijada por la Superintendencia Financiera, calculados a partir de los mayores valores que debió cancelar SI99 S. A. para terminar la obra, contados desde que se realizaron dichos pagos y hasta el momento efectivo de su devolución.
5. QUINTA PRETENSIÓN: Que para el caso en que PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. no diere cumplimiento inmediato al laudo que ponga fin al proceso arbitral que se inicia, se le condene a pagar, sobre las

sumas establecidas en el laudo, intereses de mora a la maxima tasa permitida por la ley colombiana hasta la fecha en que sea pagada la condena.

6. SEXTA PRETENSIÓN: Que se condene a la sociedad PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. a pagar el monto de la clausula penal pactada en la clausula DECIMA SEGUNDA del contrato de obra civil No 1. Celebrado el pasado 28 de Diciembre de 2011, equivalente al 10% del valor total del Contrato celebrado, equivalente a Doscientos Diez Millones de Pesos M/L (\$210'000.000,00).
7. SEPTIMA PRETENSIÓN: Que se condene a la sociedad PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. a pagar las sumas correspondientes a las multas senaladas en la clausula DECIMA SEPTIMA de acuerdo con el cronograma de ejecucion de obras, el retraso parcial y total de la obra, la cual corresponde al 5% del valor total de la obra, equivalente a Ciento Cuarenta y un Millones Cuatrocientos Treinta y Cinco Mil Doscientos Cuarenta Pesos M/L (\$141'435.240,70).
8. OCTAVA PRETENSIÓN: Que se condene a la sociedad PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. a pagar los intereses a la maxima tasa permitida sobre las condenas que le sean impuestas desde cuando se profiera el laudo arbitral y hasta el dia en que haga efectivo el pago.
9. NOVENA PRETENSIÓN: Que en caso de que la sociedad PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. no cancele el monto de las condenas determinadas en el laudo arbitral, se ordene que se hagan efectivas las garantías que constituyó con SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S. A. en un monto igual a las condenas impuestas más los intereses causados a la maxima tasa permitida desde la fecha del laudo arbitral y hasta el dia en que esta realice el pago, sin exceder el monto asegurado.(sic)
- 10.DECIMA PRETENSIÓN: Que se haga efectiva la garantía que PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. constituyó con la COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S. A. CONFIANZA - CONFIANZA S. A.
- 11.DECIMA PRIMERA PRETENSION: Que se condene a la sociedad PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S. A. S. a pagar las costas, gastos y demas expensas que demande el proceso."

460

5.2. La contestación a la demanda de reconvención.

La demandada en reconvención al contestar la demanda, se pronunció sobre cada uno de los hechos y pretensiones, solicitaron pruebas, y formuló las siguientes excepciones de mérito:

- Excepción de contrato no cumplido.
- Cumplimiento de las obligaciones a cargo de PRIME-Imposibilidad de SI 99 de ir contra sus propios actos (Doctrina de los Actos Propios).
- Mala fe contractual-dolo de SI 99
- Inexistencia de concurrencia de los requisitos para que los supuestos perjuicios sean indemnizables.
- Inexistencia de nexo causal entre el fatal accidente del Sr. Cesar Augusto Arrieta Rivera y el retraso de las obras en las forma como fue concebido el proyecto.
- Indebida acumulación de pretensiones, doble cobro de indemnizaciones.
- Nulidad o ineficacia de la cláusula decimal séptima del contrato civil de obra No. 201 (multas).
- Improcedencia de las multas que SI 99 pretende imponer.
- Hecho de un tercero-ruptura del nexo causal.
- Enriquecimiento sin causa de SI 99.
- Excepción Générica.

5.3. Los llamamientos en garantía formulados por las partes.

Tal como se indicó, solamente el presente proceso se adelanta con la participación de SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. como llamada en garantía con ocasión de la póliza principal No. 1505000778501 que ampara el cumplimiento, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, estabilidad de la obra y calidad del servicio.

El apoderado de la parte convocante presentó las siguientes pretensiones contra la sociedad llamada en garantía.

"II.1 Principales

1161

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

1. Que con fundamento en el contrato de seguro contenido en la póliza principal No. 1505000778501, que ampara el cumplimiento, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, estabilidad de la obra y calidad del servicio, se cite como llamada en garantía a Seguros Comerciales Bolívar S.A.
2. Que en el evento de prosperar la acción impetrada por la demandante en reconvención, se condene a la llamada en garantía a pagar a la demandante el monto total de la condena que eventualmente se imponga de acuerdo a las pretensiones de la demanda.
3. Que en subsidio de la anterior pretensión, se condene a la llamada en garantía a reembolsar a PRIME el valor de la condena que el Honorable Tribunal imponga y que aquella tenga que cancelar y haya cancelado.
4. Que de conformidad con la pretensión anterior y como consecuencia de la misma, se condene a la llamada en garantía a cancelar en favor de mi poderdante la indexación de la suma de dinero que deba cancelar a la demandante en reconvención, desde la fecha del pago a ésta y hasta el momento en que se haga el pago por parte de la llamada en garantía.
5. Que se condene a la llamada en garantía a cancelar en favor de mi poderdante todos los gastos judiciales, incluidas las costas procesales, las agencias en derecho y demás conceptos en que haya tenido que incurrir por razón del proceso de la referencia.

II.2 Subsidiarias

1. Como se indicó en el numeral 3º del acápite anterior, en subsidio de la pretensión planteada en el numeral 2º del mismo, se condene a la llamada en garantía a reembolsar a PRIME el valor de la condena que el Despacho eventualmente imponga y que aquella tenga que cancelar y haya cancelado a la demandante en reconvención."

Mientras que el llamamiento en garantía presentado por el demandante en reconvención se relaciona con la pretensión novena de la demanda de reconvención antes transcrita.

La sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR, contestó la demanda inicial, la demanda de reconvención y los llamamientos en garantía a ella formulados, y presentó las siguientes excepciones contra los llamamientos en garantía presentados:

-Excepciones formuladas respecto del garantía realizado por la convocante:

462

1. Falta de legitimación en la causa por activa para llamar en garantía a SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR.

-Excepciones formuladas respecto del llamamiento en garantía formulados por la convocada:

1. Excepción de contrato no cumplido y consecuente inexistencia de siniestro.
2. Terminación del contrato de seguro por agravaciones del riesgo o vicio del consentimiento en la expedición del anexo modificatorio al plazo del contrato.
3. Riesgo excluido de cláusula penal y multas.
4. Limite del valor asegurado.

6. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR.

Con arreglo al artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, salvo estipulación contraria de las partes, la duración del proceso arbitral, será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

La primera audiencia de trámite, inició y culminó el septiembre de 2014, el proceso se suspendió por petición de las partes entre los días 23 de octubre de 2014 y 11 de noviembre de 2014 (Acta No. 11), 14 de noviembre de 2014 y 25 de noviembre de 2014 (Acta No. 13), 27 de noviembre de 2014 y 9 de diciembre de 2014 (Acta No. 14), 11 de diciembre de 2014 y 18 de enero de 2015 (Acta No. 15), 20 de enero de 2015 y 16 de febrero de 2015 (Acta No. 16), 25 de febrero de 2015 y 12 de abril de 2015 (Acta No. 20), 17 de abril de 2015 a 4 de mayo de 2015 (Acta No. 21), 5 de mayo de 2015 y 8 de junio de 2015 (Acta No. 22), 30 de octubre de 2014 y 13 de noviembre de 2014 (Acta No. 12), 19 de noviembre de 2014 y 30 de diciembre de 2014 (Acta No. 14). Posteriormente los apoderados de las partes solicitaron la prorrogación del término del Tribunal por tres meses adicionales, los cuales fueron prorrogados por el Tribunal mediante auto de fecha 9 de julio de 2015 (Acta No. 25), Por lo tanto, el Tribunal está en término para decidir la controversia.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES

Para decidir, el Tribunal se ocupará de los siguientes temas:

A. LA DEMANDA INICIAL.

1. Los presupuestos procesales de demanda en forma, competencia, capacidad procesal y capacidad para ser parte no admiten reparo alguno; por tanto, trabada en forma regular la relación jurídico procesal, se impone proferir en este proceso laudo que dirima de fondo las pretensiones formuladas en el libelo inicial.

2. Por cuanto en este asunto las partes en contienda se atribuyen el incumplimiento de las respectivas obligaciones contenidas en el contrato de obra civil celebrado el 28 de diciembre de 2011, así como las incluidas en el otrosí firmado el 28 de abril de 2012, de cuyos acuerdos se pide previamente declarar su existencia, para de ahí derivar consecuentemente otros pronunciamientos, como los tocantes con la terminación de ese convenio con la subsiguiente responsabilidad civil contractual en que habrían incurrido y, por tanto, la imposición de las condenas señaladas expresamente, procede el tribunal a examinar la cuestión debatida, con base en las pretensiones y hechos expuestos.

El contrato aducido es, sin duda, como expresamente lo admiten las partes, de obra civil, al que desde ahora debe manifestarse que, al margen de algunas disposiciones particulares contenidas en el artículo 2053 y siguientes del Código Civil que puedan serle pertinentes, debe aplicársele fundamentalmente el régimen general de la responsabilidad civil, tanto porque el artículo 1546 *ibídem* – consagratorio de la acción resolutoria – “se extiende a todos los contratos bilaterales” (sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J.t. CLIX, 1ª, pág. 306), al igual que el artículo 870 del Código de Comercio, que en esta materia “siguió por completo el criterio establecido” en aquella disposición, según se lee en el mismo fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, como por cuanto al tenor del artículo 2056 del Código Civil hay “lugar a reclamación de perjuicios, **según las reglas generales de los contratos**, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución” (Se resalta)

Conforme a las previsiones contempladas en el artículo 2053 del Código Civil, de manera tradicional se ubica este acuerdo como una forma específica del contrato de arrendamiento, puesto que a partir de esta norma se alude a los relativos con la “confección de una obra material” siendo a la vez el de construcción de

464

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

edificios una especie de este último.

Expuesto como ha quedado que tratándose de este contrato deben hacerse actuar "las reglas generales de los contratos" resulta importante exponer que cuando se demanda principalmente la responsabilidad civil, como en este caso, por los perjuicios causados ante la inejecución de esta clase de acuerdo, es menester acudir al precepto contenido en el artículo 1546 del Código Civil, reproducido en términos semejantes por el artículo 870 del Código de Comercio.

Prevé el primero de los textos legales mencionados lo siguiente: "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por unos contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios"; y el segundo reza: "en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios".

Por tanto, acorde con el ordenamiento jurídico, jurisprudencia y doctrina han dicho, de manera reiterada, que para la prosperidad de la acción resolutoria derivada del incumplimiento por parte de uno de los convencionistas, respecto de un contrato bilateral, es menester la cabal concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) La existencia de un contrato bilateral válido.
- b) El ejercicio de la acción por parte de quien haya cumplido con sus obligaciones o se haya allanado a cumplirlas; y,
- c) El incumplimiento de las obligaciones a cargo del otro contratante.

Y, por supuesto, para la imposición de los correspondientes perjuicios, ha de estarse en presencia de un daño, amén de la pertinente relación de causalidad entre la existencia del desmedro patrimonial o, en su caso, extrapatrimonial, y el comportamiento de quien faltó a sus correlativas prestaciones, en cuyo caso ha de examinarse, en orden a determinar sus alcances, si su conducta fue culposa o dolosa.

Acerca del primero de tales requisitos, es obvio que le corresponderá al fallador, ante todo, entrar a examinar la validez o invalidez del contrato que se aspira examinar, desde luego que si ese acuerdo es el aducido como sustento de las

465

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

obligaciones sobre las cuales se comprometió el deudor, ha de salir avante del examen que en ese sentido se efectúe.

En este proceso, no hay duda de que el convenio se ajusta a los requisitos establecidos por la ley, sin que, adicionalmente, adolezca de nulidad que, de oficio, se imponga decretarla (artículo 2, ley 50 de 1936).

Además, no existe ambigüedad sobre la especie del contrato celebrado por las partes, o sea como de arrendamiento para la confección de obra material, específicamente de construcción de edificio.

El vínculo jurídico gira, entonces, en torno a esta relación.

Sobre el segundo presupuesto, no hay discusión alguna en cuanto a que la acción alternativa que concede el precepto en mención, de resolución o cumplimiento, es únicamente para el contratante cumplido, o que ha estado presto a hacerlo respecto de las obligaciones a su cargo, en la forma y tiempo debidos.

Y, desde luego, esta acción sólo se puede incoar ante quien de manera injustificada no satisface los compromisos a su cargo.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que se deja citada, tras relatar a espacio los antecedentes históricos de esta acción, en compendio expuso: "Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde.

"Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfananamente contemplados en el citado artículo por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse a la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el

466

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

demandado u opositor”.

3. No obstante lo dicho, igualmente la jurisprudencia y la doctrina convergen en indicar que, en guarda de postulado de la equidad que siempre ha de guiar a los juzgadores, la solución no siempre será el aniquilamiento de la convención, cuando atendidos otros aspectos de mayor entidad del negocio realizado, como el resultado esperado, la intención de las partes, la preponderancia de la utilidad esperada, etc, se causaría mayor perjuicio si se arrasara totalmente el vínculo, cuando, de otro lado, el incumplimiento resulte irrelevante o de menor utilidad o importancia frente a la dimensión económica del contrato, en cuyo caso resulta menester indagar lo ocurrido durante todas las etapas de la negociación, pues, entonces, serán las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores, aunadas a la naturaleza e importancia del acto o convenio, así como el propósito de los contratantes al celebrarlo, las que vendrán a definir en cada caso concreto la utilidad o inutilidad de la extinción del vínculo negocial.

Por tanto, atendidas tales circunstancias, en esas situaciones no será siempre beneficioso, en caso de incumplimiento imperfecto o tardío de las correspondientes prestaciones, acudir al ejercicio indiscriminado de la acción resolutoria, pues intereses superiores vienen a ser los que determinen la conveniencia de preservar el negocio jurídico efectuado por las partes; otro tanto puede expresarse, en aras de esclarecer si el incumplimiento es o no justificado, pues podría ocurrir que por hechos externos, e incluso debido a conductas del otro contratante, o que circunstancias imprevistas hayan obstaculizado la atención oportuna y completa de los compromisos asumidos.

Evidentemente, si en el derecho común la responsabilidad normalmente tiene como sustento la culpa, es posible que la presencia de algunos hechos, provenientes de la naturaleza o de conducta humana, liberen al deudor pese al incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, aun cuando éste de su parte hubiese realizado todo cuanto estuvo a su alcance para cumplirlas.

Es así como algunas situaciones, generalmente extrañas al contratante, vienen a determinar la imposibilidad de dar estricto cumplimiento y, consiguientemente, a establecer que tal imposibilidad, por no constituir falta imputable a culpa alguna, excluya su responsabilidad. Ello acontece, tal cual lo prevé el artículo 1604 del Código Civil por hechos imprevisibles e irresistibles, como la fuerza mayor o el caso fortuito, y desde luego, con mayor razón, cuando en la inejecución de sus compromisos ha intervenido e influído la conducta de su otro contratante;

467

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

precisamente, en este sentido los reconocidos tratadistas Planiol y Ripert observan:

"Culpa del acreedor. La culpa del acreedor a la que ha de imputarse el incumplimiento, justifica mejor que cualquier otra causa la irresponsabilidad del deudor. Produce sus efectos liberatorios aun cuando haya sido acompañada de culpa por parte del deudor" (Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Las Obligaciones, pág. 550, Edit. Cultural, S.A.)

En este preciso punto igualmente se ha pronunciado la Corte:

"En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el cumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.

"Como lo expresa José Mélich Orsini en su obra intitulada 'La resolución del Contrato por Incumplimiento', '... el principio de la indivisibilidad del pago entre el acreedor y el deudor, resulta a menudo derogado por la voluntad de las propias partes, quienes han podido pactar el fraccionamiento del pago, ya sea inicialmente mediante cláusula expresa en el propio contrato, o bien ulteriormente en una forma tácita al acceder el acreedor a recibir pagos parciales, casos en los cuales se planteará más netamente la cuestión de si la falta de cumplimiento de unas pocas o de una sola de las fracciones de la prestación así dividida, puede ser estimada como suficiente a los fines de conceder la resolución'. Y añade que si bien una solución que se base únicamente en el mero criterio 'de la mayor proporción de la parte incumplida sobre la parte cumplida' es la regla general y adecuada, sin embargo el criterio que debe guiar a los juzgadores 'tendrá que ser razonado a partir del argumento de que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente, teniendo en cuenta el interés del acreedor que se trata de satisfacer con la conducta del deudor, y que tal interés ha sido ya sustancialmente satisfecho, bastando por ello ahora con la vía del cumplimiento forzoso en especie o por equivalencia, para satisfacer ese residual interés insatisfecho' (ob.cit., Edición Temis, 1979, pág. 200).

468

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

"De manera que, tal cual lo hizo en verdad el sentenciador de segundo grado en el caso sub júdice, para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagarlo que el deudor mantuvo siempre; el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de intereses por esa mora, que él consintió, etc." (Sentencia de 11 de septiembre de 1984, G.J. t., CLXXVI, págs. 247 y 248)

La anterior orientación jurisprudencial fue reiterada posteriormente, mediante sentencia de 7 de noviembre de 2003, en los siguientes términos: "...No está por demás agregar que examinado el asunto que desde la óptica del interés económico del negocio jurídico, la jurisprudencia de la sala ha puntualizado que cuando éste ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del acreedor, no es posible '... el aniquilamiento de la relación material, de un lado, por quedar eliminada la idea de desistimiento, y de otro, en consideración a la irrelevancia del incumplimiento frente al interés económico del contrato (CCLXVI, 162)'".

Y la doctrina nacional tampoco ha sido ajena en torno a este tema; en efecto, el expositor Guillermo Ospina Fernández, al examinar la excepción de contrato no cumplido que, de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil puede proponer la parte demandada frente a las pretensiones del demandante, asevera: "d) GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO DEL ACTOR -. Finalmente para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irrogue al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta. Si tal incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio es irrisorio, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisibles abusos de las vías procesales, como lo han declarado la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia en que rechazó la procedencia de la excepción en el caso en el que un asegurador se negaba a pagar cuantiosa indemnización pactada, porque el asegurado, autorizado para pagar la prima por instalamentos, aún debía una suma irrisoria" (Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, pág. 603, Edit. Temis S.A., 3ª edición).

Y los autores atrás mencionados, coherentemente con la línea de pensamiento que viene trazando el tribunal, indican:

"No podrá negarse al cumplimiento aquel que por un acto de que es responsable haya impedido al deudor el cumplimiento de su obligación o que haya justificado

con su incumplimiento la negativa de éste a cumplir". (Planiol y Ripert, Ob.Cit. pág. 631)

"Condición de buena fe – Aun cuando concurren las anteriores condiciones, la excepción puede ser rechazada cuando sea alegada contraviniendo la buena fe (*supra*, núm.379), a que están sujetas las partes en el cumplimiento de los contratos, de los cuasi-contratos y de las obligaciones legales. Los casos en que la buena fe impide que una de las partes pueda alegar la excepción son los mismos en que la misma es obstáculo a la resolución (*supra* núm. 430)

4. A propósito de la buena fe, mencionada en algunos apartes atrás expuestos, principio que como regla general debe gobernar las relaciones negociales, los artículos 1603 y 871 del Código de Comercio, en su orden, aluden a ella, al expresar que "los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella", y que "los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y en consecuencia obligarán no sólo a los pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

Luego, en materia contractual, coherente como el artículo 1602 del Código Civil, ha de decirse que este postulado, ínsito como *prima facie* debe considerársele en todos los negocios y actos jurídicos, por un lado, desde el punto de vista subjetivo, como la creencia de la persona acerca de que su conducta no tiene mácula, por hallarse ajustada a la ley, de cuyo ejemplo es el artículo 768 *ibídem*, y por el otro, por el aspecto objetivo, como equivalente a la corrección, honradez o probidad con que el individuo debe comportarse ante la sociedad y, en particular, en los negocios jurídicos.

Tocante con esta última distinción, es por lo que la doctrina jurisprudencial ha precisado, citando a Louis Josserand, que por cuanto "todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad", de suerte que "alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito vive y hierve todo un mundo de principios (G.J.t, XLIII, pág. 47), se impone entonces dar cabida al postulado de la buena fe en orden a suplir tales vacíos, para de este modo establecer aquellos otros deberes y obligaciones que no se hallen en los textos legales, pero que sí deben estar siempre presentes en las distintas fases del contrato, como las concernientes con los tratos preliminares, su formación, ejecución o desarrollo y liquidación, cuando

sea menester realizarla.

Dicho como está por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia "que los contratos se celebran para cumplirse" (G.J. tomos CIII – CIV, pág. 79), o sea normalmente para producir, en ejercicio de la autonomía privada, unos determinados efectos voluntariamente deseados por las partes, acuerdo que una vez así plasmado se convierte, según el artículo 1602 citado en "una ley para los contratantes", ha de expresarse ahora que cuando el precepto siguiente prevé que ellos – los contratos – "por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación...", sin duda está abriendo paso para que, amén de lo que ellas literalmente estipularon en las respectivas cláusulas, pueda completarse o integrarse el contenido del respectivo acuerdo jurídico, todo bajo el entendimiento, ya expuesto, según el cual las normas no siempre son suficientes para prever todas las hipótesis que se puedan llegar a presentar, mayormente en el variado y complejo mundo de los negocios.

Y dentro de las distintas maneras como es dable integrar el contenido del convenio está, sin duda, el principio de buena fe, en orden a dar cumplida aplicación, con base en las diferentes manifestaciones de esta regla general de derecho, al efecto práctico o útil del contrato, cual es su debida realización.

Tales manifestaciones son, entre otras las de información, colaboración, ayuda y solidaridad con el otro contratante, tendiente a lograr los fines perseguidos con el negocio, así como las de lealtad, honestidad, corrección, probidad y fidelidad.

Dichas expresiones, para citar apenas las más destacadas, llamadas por algunos doctrinantes como deberes complementarios de conducta, como quiera que, pese a no estar expresamente estipuladas en el contrato, se incorporan colateralmente al mismo o están implícitamente presentes en virtud del principio de buena fe, sin ambages prestan en cada asunto invaluable ayuda al juzgador, debido a que, en últimas, tienen como finalidad la realización del propósito común perseguido por los convencionistas, cual es, reitera el Tribunal, producir los efectos propios del contrato, dentro del marco del equilibrio que los debe guiar.

"Si tratamos de profundizar en estas exigencias de la convivencia encontramos que se presentan bajo un doble aspecto, que debemos distinguir en cuanto sea posible. a) Bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima romana del *"alterum non laedere"* (D. 1, 1, 10, 1) y que lleva a

471

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. b) Bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto, sino una activa colaboración con los demás, encaminada a promover su interés. Ahora bien, ésta diferente orientación de las dos diversas exigencias, de recíproco respeto, y de activa cooperación entre los participantes en una misma comunidad, se puede observar aún en el ámbito de las mismas relaciones de obligación. Porque éstas relaciones, o llevan solamente a exigir a los que se hallan sujetos a una conducta de cooperación, según las directrices en que esta conducta sea debida para la satisfacción del interés ajeno, para satisfacer el deber-haber ajeno, sino que, también llevan, estas relaciones, a poner en juego el interés de la contraparte, un interés que podemos designar como interés a la integridad de la propia esfera jurídica: interés, este último, que viene satisfecho, no tanto como una conducta positiva, sino más bien con una conducta negativa por la que se abstiene de lesionar la esfera de intereses de la otra parte contratante, y que se contrae a la medida en que aquélla quede sujeta a nuestra injerencia.

“Esta doble orientación ha sido ya intuita, tanto por los juristas, como por las más recientes legislaciones. Los juristas, a su vez, distinguen, la obligación a la prestación, de todas aquellas otras obligaciones instrumentales, complementarias y acesorias de aquéllas, las cuales se hallan inspiradas en la finalidad de que se cumplan la expectativa del acreedor; de estas obligaciones de carácter positivo que requieren un comportamiento de cooperación (sin excluir con ello aquellas obligaciones cuyo contenido consiste en un “non facere”), distinguen otras obligaciones que se pueden caracterizar como obligaciones protectoras y que se concretan en el abstenerse de toda indebida injerencia en la esfera jurídica ajena, es decir, en comportarse según un criterio de *corrección* de modo que se evite a la otra parte un daño, o al menos de un daño mayor del que resulte de la situación preestablecida. De la necesidad de distinguir esta doble orientación, también se ha dado cuenta nuestro Código, cuando justamente al comienzo del libro IV, dedicado a la disciplina de las obligaciones, se establece por el art. 1175. que: El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la lealtad”. Nos reservamos demostrar, con un examen exegético de las particulares disposiciones, que este criterio de comportamiento, según las reglas de la corrección o lealtad que, cada una de las partes debe observar en relación con la otra, no se identifica con el criterio de la buena fe, sino que es, ciertamente, complementario de éste. La diferencia, entre uno y otro criterio, consiste, sobre todo, en esto: la lealtad las impone, normalmente, sólo de carácter negativo; la buena fe impone obligaciones de carácter positivo. De todos modos, debe

tenerse presente, desde ahora, que el criterio de la corrección o de la lealtad no se identifica con el criterio de la buena fe, al que el Código se refiere, por ej. en la interpretación de los contratos (art. 1366) y sobre todo en la ejecución de los contratos (art. 1375). Por otra parte, la lealtad de que se habla respecto a las relaciones de obligación, como criterio de conducta que deudor y acreedor deben observar en su relaciones recíprocas (art. 1175) y que deben comenzar a observar desde un principio, antes de que la relación de obligación haya venido a ser, es decir, desde la fase de las negociaciones preliminares.

"Más, para captar el aspecto característico de la buena fe contractual, a la que se refieren la interpretación y la ejecución del contrato pactado, debemos preguntarnos cuál es el carácter más saliente de esa buena fe. Ahora bien, examinado con detenimiento el carácter más saliente de esa buena fe, consiste en que no está circunscrita a los actos singulares del contrato, sino que abarca por entero el comportamiento del mismo considerado en su intrínseca coherencia y en su totalidad, es decir, como actitud de cooperación que es debida por cada parte y la otra, y la buena fe valora esta conducta en su totalidad, en la medida que es más conforme al interés de la otra, el cual se trata de satisfacer con esa misma conducta. De este modo resulta evidente la diferencia inconfundible que distingue la buena fe contractual, en sentido normativo, de la buena fe consistente en la creencia en la propia o en la ajena limitación. La buena fe del poseedor o del adquirente es, simplemente, una buena fe justificativa, según la exigencia del mínimo ético, del comportamiento, que de otro modo tendría carácter ilícito o que, en todo caso, no estaría protegido.

"La buena fe de que se trata aquí, en cambio, es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte; actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte y, en cuanto a los tratos preparatorios del contrato, la lealtad y la veracidad hacia la otra parte contratante.

"Ahora bien, entendida así la buena fe y por el hecho de abrazar la totalidad de la conducta, tiene precisamente el alcance que ha sido señalado por los juristas alemanes, en el sentido de ampliar las obligaciones literalmente asumidas mediante el contrato, o eventualmente de restringir esas obligaciones en los casos y en la medida en los que, de hacerse valer su tenor literal, contravendrían aquel criterio. Porque es necesario darse cuenta –para explicar el fenómeno, que a primera vista puede parecer contradictorio, de que la buena fe puede unas

veces ampliar y otras, en cambio, restringir las obligaciones asumidas por el contrato –que la buena fe es esencialmente un *criterio de reciprocidad*, que debe ser observado mutuamente en las relaciones entre los sujetos del mismo grado, que tienen una igual dignidad moral. Reciprocidad en que se manifiesta la solidaridad que liga a uno y a otro de los participantes en una comunidad aunque limitada; y tanto más le liga, cuanto más intensa y extensa sea esa comunidad, como sucede en las relaciones asociativas en sentido lato. En efecto, asistimos a este fenómeno: la buena fe contractual en las relaciones de cambio tiene un alcance limitado que implica el comportamiento necesario para el cambio; en las relaciones asociativas, en sentido amplio, en las que se trata de poner en común los esfuerzos para una finalidad de intereses comunes, la buena fe abraza todo cuanto es necesario para alcanzar ese objetivo común, y, por tanto, se potencia en un deber de fidelidad.

“Deber que intuyeron espléndidamente los romanos, en las relaciones de fiducia personal, como *societas*, la tutela, el mandato, la fiducia: en las que es axiomático que el amigo no puede traicionar al amigo y que el que traiciona incurre en la infamia.

“Precisamente, la reciprocidad explica cómo el criterio de la buena fe debe tener una orientación bilateral y, por tanto, que puede operar, también, en sentido inverso, bien en el sentido de integrar, bien en el sentido de limitar las obligaciones contractuales; y esto tiene lugar en materia de interpretación, donde se llegan a colmar las deficiencias del contenido preceptivo del contrato o en el sentido de ampliarlo, o bien en otros aspectos se limita, en cambio, el alcance literal del texto del contrato, precisamente porque el criterio de la buena fe es esencialmente un criterio de reciprocidad.

“Debiendo detener la atención sobre la función de integrar las obligaciones contractuales, podemos decir que el criterio de la buena fe lleva a imponer a quien debe la prestación a hacer todo cuanto sea necesario –se haya dicho o no – para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación misma. Para entenderlo será oportuno tener presente la distinción entre acción y evento. Ya al analizar la prestación habíamos distinguido estos dos aspectos: la acción del deudor y el evento consistente en la utilidad que se trata de conferir a la contraparte. Por tanto, podemos decir que la buena fe, en cuanto a integradora de la obligación textualmente asumida con el contrato, impone al deudor el hacer no solo aquello que ha prometido, sino todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida. De esto nos

podremos dar cuenta en los casos más elementales; así en los mismos contratos de cambio, en los que, por lo demás, las obligaciones complementarias o, por mejor decir, instrumentales, cuando existen se reducen al mínimo.

"El vendedor debe no solo entregar la cosa con sus accesorios, sino también custodiaria y evitar que pueda deteriorarse o perderse; debe, en suma, hacer de tal modo que la cosa se mantenga íntegra en la plena disponibilidad de la otra parte (artículos 1.476-1.477)(19).

"A la luz de este criterio orientador por el que se impone al deudor hacer todo lo que sea necesario para que la otra persona obtenga el resultado útil de la prestación, se percibe claramente cómo aquellas obligaciones que se integran, debiendo su origen a la buena fe, pueden ser diferentes: a) obligaciones antecedentes a la conclusión del contrato; b) concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y c) subsiguientes al cumplimiento de la prestación". (Emilio Betti, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, págs. 99 a 104, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid.)

B. OBJECIÓN AL DICTAMEN PERICIAL.

El apoderado de la parte convocante, presentó objeción por error grave respecto del dictamen pericial rendido por el perito CARLOS ORTEGA, toda vez que para él no tuvo en cuenta documentos que obraban en el expediente tales como:

- 1.- La convocatoria presentada por SI 99 S. A., para la construcción del Edificio Multipropósito.
- 2.- La oferta presentada por PRIME SAS, para la construcción del edificio multipropósito.
- 3.- Los documentos y comunicaciones relacionados con la ejecución del contrato de Obra Civil No.001, entre Contratante y Contratista.
- 4.- Proyectos de liquidación del contrato de Obra Civil No.001, propuestos por SI 99 S. A. y PRIMECONSULTORES Y CONSTRUCCIONES SAS.
- 5.- Planos y diseños del proyecto.

Lo cual llevó al perito a realizar la cuantificación de la construcción del edificio multipropósito Sophia, sobre su valor total a precios del 2014 y no teniendo en cuenta el contrato No. 001 celebrado entre SI 99 S. A. y PRIME S.A.S, difiere diametralmente del ejecutado directamente por SI 99 S. A. y las circunstancias que llevaron a que su totalidad no fueran ejecutadas por la parte convocante.

475

De igual forma el apoderado de la parte convocante también objetó por error grave poniendo de presente a lo largo del proceso y en su alegato de conclusión los argumentos tendientes a que se desestimara la prueba pericial, los cuales se relacionan con la no revisión de varios de los documentos y yerros en los cálculos de las cantidades de obra ejecutadas

Alrededor de la prueba pericial, por averiguado se tiene que no obstante ser un medio de valioso apoyo para los jueces respecto de los hechos que "interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos", como lo prevé el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, no por ello este medio de prueba debe aceptarse a rajatabla por aquéllos en sus providencias, debido a que su fuerza de convicción no emerge por sí misma sino en tanto y en cuanto sus fundamentos y conclusiones reúnan a cabalidad los presupuestos contemplados por el artículo 241 *ibidem*, según el cual en su apreciación deben tenerse "en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso".

De no ser así, esto es, si no le correspondiera a los falladores calificar libremente las bases del dictamen, vendría a ocurrir, con total absurdidad, que fueran los auxiliares de la justicia, y no los sentenciadores, quienes al fin de cuentas terminaran dirimiendo los asuntos a cargo de éstos. En este sentido ha pregonado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "La opinión de los peritos, ha expresado la Sala, no 'obliga en sí misma y por sí sola' (G. J. t. LXXI, pág. 375), como tampoco su existencia en el interior del proceso determina, per se, su forzosa admisión por parte del juzgador, por cuanto ella siempre estará sometida a la seria y ponderada evaluación de éste, quien ha de tener en cuenta los aspectos contemplados en el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, para determinar libre y exclusivamente el mayor o menor grado de convencimiento que le asigna para la demostración del hecho o hechos en cuestión. Dicho de otra manera, así lo ha pregonado esta Corporación: "El concepto emitido por el tribunal en la sentencia y la acusación al respecto y de que se acaba de hacer mérito, plantea de nuevo el problema que sobre el particular tiene ya resuelto la Corte y que además ha sido estudiado ampliamente por los doctinantes, a saber: hasta dónde vincula al juzgador un dictamen pericial. La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por la jurisprudencia..."; y seguidamente, tras expresarse en el mismo fallo que los textos legales existentes "... no sólo

permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen...", se agrega: "...esas normas dan amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente"(G. J. t, LVII, pág. 532), ni siquiera en el evento de faltar solicitud de aclaración o por no haber sido materia de objeción, pues ello equivaldría suponer que correspondería a los peritos reemplazar al juez en su misión de sentenciar". (Sentencia de 21 de marzo de 2003; exp. 6642).

Pues bien, para el Tribunal es claro que la conclusión a la que arribó el perito es ostensiblemente equivocada al no detenerse a examinar que la misma carecía de los presupuestos exigidos por el referido artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, debido a que sus mismas conclusiones adolecen de fundamento.

El Tribunal encuentra que en el dictamen pericial el calculo que debia realizarse de la obra correspondía a los precios de los años 2011 y 2012 y no a precios del año 2014; adicionalmente, lo cual condujo a no observar la parte de la obra que estuvo a cargo de la sociedad convocante, y lo llevó a no tener en cuenta los medios de convicción dispuestos por el Tribunal a petición de la convocada, como son los documentos que obraban en el expediente, el análisis de precios unitarios presentado por Prime, el contrato y las actas No.1,2,3, y 4 de la obra en las que aparecen las cantidades concluyendo en un valor de la obra ejecutada diferente.

Ciertamente, destaca el Tribunal que el dictamen pasó por alto tales pruebas, las que de manera palmaria da cuenta el expediente.

Queda en evidencia que incurrió el perito en omisión, debido a que contra la realidad fáctica que de manera palmaria brota de las pruebas reseñadas, dejó de ver la realidad que emerge en este asunto toda vez que dicha metodología utilizada no le permitió al Tribunal obtener elementos de juicio; lo que conduce a que, por faltar aquellos presupuestos requeridos por la ley procesal, no hay lugar a ser apreciado por el Tribunal d

Ciertamente, si como se dejó consignado, en tratándose del dictamen pericial es al juzgador al que se le concede la libertad de ponderarlo, sin que esté forzado a tomarlo "mecánica o ciegamente" (G. J. t, LVII, pág. 532), entonces no queda duda de que en este proceso, al no ostentar dicho trabajo razones lógicas y coherentes acerca de lo que se plasmó y por no estar apoyado en el haz probativo, en ningún caso puede tenersele como soporte del fallo.

Con otras palabras, observa el Tribunal cómo, siendo así que la experticia misma se detiene en el estudio de sus propios conceptos de orden teórico y en la apreciación que en ella se hizo de las cantidades de obra ejecutadas, las explicaciones no son claras ni concordantes con la realidad contenida en los documentos que obran en el expediente, ni con los principios de la ciencia o de la técnica, ya que tal experticia guarda total silencio en torno a las pruebas inapreciadas que atrás quedaron especificadas, aspectos que quedan analizados ampliamente. Tal vacío, deja por este lado sin ningún apoyo el trabajo debido a que, además, no cumple con el requisito insoslayable prevenido en el artículo 237 numeral 6, del Código de Procedimiento Civil, que reza: "El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones".

Luego, el Tribunal en vez de estar subordinado ciegamente a un dictamen que no le ofrece las bases necesarias para acogerlo, procederá a desestimar por cuanto por este aspecto tampoco reúne una de las exigencias que para su cabal calificación requiere el artículo 241 *ibídem*, es decir, el que le impone al juez el deber de apreciarlo teniendo en "cuenta... los demás elementos probatorios que obran en el proceso".

C. DE LA TACHA DE SOSPECHA DEL TESTIMONIO ALBERTO USAQUÉN.

En el curso de la audiencia de fecha 24 de marzo de 2014, el apoderado de la sociedad convocante, formuló tacha de sospecha contra el testigo ALBERTO USAQUÉN, pero no indicó el sustento de la misma simplemente procedió a hacer referencia a la norma que le permite hacer uso de dicha institución procesal

El Tribunal considera sobre la institución procesal de la tacha de los testimonios, que es aquellos temas que debe analizarse previamente, tal como lo establece el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil al disponer que: "Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio".

Al mismo tiempo los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, en lo que se refiere a los testigos sospechosos y a la luz de la primera de las normas referidas estas son aquellas personas que "en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de

1678

parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

Respecto de la tacha de sospecha, es claro que la misma no se encuentra dirigida a que un testimonio no se pueda apreciar y que, en tal virtud, se prescinda del mismo, como quiera que lo precedente, en efecto, es que en tales circunstancias se imponga al juzgador un cuidado especial en su posterior valoración, con el fin de precisar su etiología, contenido, fuerza, validez y convicción, de una forma más estricta, pero sin restarle la eficacia en forma preliminar o *a priori*.

Sobre el particular, la Corte Suprema Justicia en Sentencia del 12 de febrero de 1980, cuyas consideraciones comparte el Tribunal, defiere al juzgador la valoración de las circunstancias correspondientes, apreciando para ello el testimonio rendido. Dijo la Corte:

“... con mayor severidad” respecto de quienes no se encuentran en sus causas, porque “cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos”, en forma que el “valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez”.

El Tribunal luego de analizar la tacha planteada no encuentra motivos serios de duda que permitan censurar la versión del declarante ALBERTO USAQUÉN, por las razones que sirvieron de fundamento a la tacha formulada, y considera que no hay motivos fundados de sospecha que la afecten, pero además resulta irrelevante para los efectos de las decisiones que debe tomar, por lo que procederá a negarla.

D. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Entra el Tribunal a analizar el contrato suscrito entre las partes, con base en convocatoria que tuvo lugar con la expedición de los denominados ‘términos de referencia 02’ del 30 de noviembre de 2011 por parte del sistema integrado de

479

Transporte, SI 99, mediante la modalidad que denominó 'contratación directa 002' donde determinó el objeto del proceso de selección, el trámite correspondiente de la presentación de las propuestas, el contenido de las mismas, las condiciones contractuales en general y el modelo para la presentación de la oferta con cuadro de cantidades de obra y presupuesto correspondientes, lo cual dio como resultado la presentación y el estudio de las propuestas por parte de la empresa contratante.

Se presentaron dos constructoras, una de las cuales, Total S.A.S, resultó ganadora con precio y puntaje mayor; sin embargo, a la postre fue escogida y adjudicado el contrato a la constructora Prime S.A.S. que presentó presupuesto de \$2,257'440.172 millones de pesos; pero, según acuerdo con el contratista seleccionado (Prime), lo redujeron a \$2,100,000, bajo la modalidad de precios fijos.

Construcción del 'Edificio Multipropósito' ubicado en calle 63 sur con Troncal Caracas, Patio de Usme Transmilenio, en la ciudad de Bogotá D.C., de acuerdo a los diseños y especificaciones técnicas suministrados sobre las actividades a desarrollar y ejecutando el contrato por medio del sistema de precios unitarios fijos sin lugar a reajustes.

Aun cuando las condiciones de los pliegos de alguna forma se apartaron en puntos específicos de las condiciones a la postre fijadas a la firma del contrato por ejemplo, los *ítems* previstos en los pliegos eran más abundantes, 200, los establecidos en el contrato, (únicamente aparecen 180); finalmente se suscribió el 28 de diciembre de 2011, fecha en la cual deberían empezar las obras pactadas en el contrato (se iniciaron trabajos el 22 de ese mes). Por su parte, el contratante SI 99 cumplir las obligaciones iniciales, fundamentalmente las de poner a disposición el terreno donde se iniciarían los trabajos de preparación de las bases de la edificación a cuyo efecto debían entregarse los correspondientes planos (incluido estudio de suelos), en particular tratándose de inmueble que venía ocupando el contratante, pues precisamente allí tiene lugar parte de la operación de su objeto principal de transporte público y en consecuencia la empresa contaría con la memoria de las instalaciones subterráneas y elementos debajo de la superficie; además, tendría que ponerse en operación el mecanismo de interventoría que acompañaría y validaría las actuaciones del contratista para efecto de los avances en el proyecto y la cancelación de las cuentas correspondientes a su favor. También fundamental, resultaba la cancelación total del anticipo previsto en el contrato, o sea, la cantidad

480

equivalente al 30% del valor del mismo (\$630 millones), que serviría de capital de trabajo inicial de acuerdo con la programación y en concertación con la interventoría para la ejecución del contrato.

Es importante destacar que estos elementos de la etapa precontractual constituyen pieza fundamental del acuerdo entre los contratantes que conlleva a la leal y solidaria cooperación con la otra parte de la relación negocial con fundamento en el principio de buena fe.

Es de la esencia (existencia) de los contratos, no solo la voluntad convergente de las partes para realizar el objeto del mismo, sino el concurso efectivo para que se puedan cumplir las obligaciones reciprocas bajo el principio de prevención, mejor, de evitación de daños, incluso antes de la mitigación de los mismos, en el evento que pudieran tener lugar.

Desde luego, es entendido el principio conocido como "*exceptio non adimpleti contractus*", presente en la legislación, según el cual ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras la otra parte no se allane a asumir sus propias obligaciones del contrato. Las consecuencias del mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales se concentran en que ninguna de las partes puede exigir el pago de perjuicios, ni aplicación de la cláusula penal (o de multas en los estatales) y tampoco hacer efectivas las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento.

Esta regla que rige en los contratos bilaterales, pero también la responsabilidad civil que de ellos se deriva en caso de producir daños, será objeto del análisis que adelante tendrá lugar, pues si bien se trata de contrato entre particulares, estos principios rigen para todos, los de transparencia, solidaridad, razonabilidad, cooperación esto es colaboración recíproca, y lealtad entre las partes la cual tiene asiento pleno en el derecho civil que reclama impedir que la conducta de una parte pueda generar daño o contribuir al mismo en detrimento de la otra parte.

El principio de ejecución de buena fe (artículo 1603 del Código Civil), según el cual, las partes se obligan no solo a lo pactado entre ellas sino a la lealtad con la otra parte conforme a la naturaleza del contrato, las buenas costumbres y la equidad. Lo anterior significa evitar conductas negativas que impidan el cumplimiento del contrato y deberes de diligencia y cooperación que lo hagan viable con calidad.

681

1. Del cumplimiento del contrato

Ambas partes, tanto Prime, en la demanda, como SI 99 en la demanda de reconvencción que formuló en este proceso arbitral, exigen estudiar cuidadosamente si hubo incumplimiento del contrato, si este incumplimiento fue de una o de las dos partes, y en este evento, si alguna de ellas incurrió en falta mayor que hiciere predominar los efectos de dicho incumplimiento, o si por el contrario, se trata de concurrencia de responsabilidades e incumplimiento donde el comportamiento de una de esas partes resulte equivalente al de la otra, generando así imposibilidad de proferir condena alguna.

Deben excluirse eventos que no tengan papel dominante y en consecuencia, no generan daño, este ha sido resarcido o no han sido causa determinante para que se produzca dicho daño; tampoco debe tener consecuencias que configuren concurrencia de culpas.

La ejecución del contrato designa los comportamientos de los contratantes respecto de las normas fijadas para el acuerdo de voluntades, las cuales definitivamente obligan, prohíben o permiten hacer algo, las acciones de los contratantes se predicen de las prescripciones del acuerdo o convención.

En este orden de ideas, las normas contractuales pueden cumplirse si se realizó el comportamiento prescrito, o incumplirse si no se realizó el comportamiento, habiendo podido realizarse.

El incumplimiento implica posibilidad, "un agente en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa si, y sólo y si, puede hacer esta cosa, pero de hecho no la hace"¹.

El marco jurídico se pactó en la cláusula decimotercera del contrato: "El contrato se regirá y será interpretado conforme a las leyes de la República de Colombia (NSR 2010, RETILAB, NTC2050; RETIE, MANUAL DE OPERACIONES DEL SISTEMA INTEGRADO DEL TRANSPORTE PÚBLICO; MANUAL DE ACCESIBILIDAD A MINUSVALIDOS y todas las aplicables a normas constructivas) y tendrá como domicilio contractual la ciudad de Bogotá" (destaca el Tribunal).

¹ Von Wright, George Henrik. *Norma y Acción una investigación lógica*. Trad. Pedro

2. Obligaciones Del Contratante.

Alega el demandante Prime en su escrito inicial y posteriormente a lo largo del proceso con aporte de pruebas, que SI 99 incurrió en incumplimiento del contrato en materia sustancial del mismo, en los siguientes aspectos:

2.1. PRIMERA OBLIGACIÓN: pagar el precio pactado.

El precio previsto en el contrato de obra civil 001 de 28 de diciembre de 2011 es de \$2.100.000.000 IVA incluido.

Forma de pago, la establecida en el contrato, cláusula quinta:

Anticipo del 30% "previa aprobación de la póliza de buen manejo del anticipo, así como el plan de uso del anticipo presentado por el contratista y aprobada por el Interventor... 50% en 4 actas mensuales parciales de obra. El 20% contra entrega."

Parágrafo 2: "El precio garantiza al contratante, la ejecución total del objeto de este contrato por parte del contratista durante el periodo pactado (o el término adicional en caso de ser necesario)".

Esta cláusula, observa el Tribunal, se cumplió parcialmente por las circunstancias de cambio en el diseño y la conclusión parcial de los trabajos pactados. La modalidad tuvo cumplimiento también parcial, como se indicó y solo se concretaron algunos de ellos como se analizará enseguida.

Cuándo, cómo y cuánto se pagó. El peritaje técnico del ingeniero Ortega Dávila transcribió cuatro cifras en el capítulo "pago realizados a Prime por parte de SI 99", cifra total que se eleva a \$1.019'335,877 en la que dos de los *ítems* aparecen con la nota "por confirmar" (pág. 12). Con lo cual el consolidado se situaría alrededor de \$800 millones; sin embargo, este peritaje será desestimado por las razones que se expresan en este laudo.

En interrogatorio de parte rendido por VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, interrogado por el apoderado de la convocante, pregunta: "Diga cómo es cierto sí o no, **¿el pago de todas de todas las obras ejecutadas por Prime debía ser aprobado por la interventoría** a cargo de Construcciones Castañeda?". Contestó: "**sí**" (destaca el Tribunal).

PRIME CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

La cifra señalada por el gerente de logística y supervisor del contrato por parte de SI99, ALFONSO EDUARDO BERNAL CARVAJAL, cuando a folio 32 le preguntó el Tribunal: "conforme a su experiencia, al conocimiento directo que tiene usted de la ejecutoria del contrato, aproximadamente podría apreciar SI99, ya usted manifestó que según su concepto Prime no cumplió, pero los hechos nos están demostrando que cumplió parcialmente, por eso estamos en este debate, ¿en qué proporción, qué porcentaje aproximado usted le daría al contratista del cumplimiento al final, hasta el último día 16 de julio de 2012?". Contestó: "en ejecución de dinero \$2.100 Vs \$1.100 algo así... y más adelante... yo creo que era por ahí 40% de obra como tal y un 50% más o menos en dinero de lo que teníamos a julio 16". Preguntado: "¿40% de obra ejecutada?" Contestó: "sí". Preguntado: "¿Y 50% en dinero?" Contestó: "sí". Preguntado: "**¿De cuál se había girado aproximadamente?**". Contestó: "Mencionó una cifra, **por ahí 900, 980 algo así.**"

En oficio del 16 de Noviembre de 2012, suscrito por el representante legal de Prime, dirigido al Representante legal de SI99, Ref: contrato civil de obra 001 de 2011-liquidación, se lee: "a la fecha a Prime Consultorías y Construcciones S.A.S. se le desembolsó la suma de \$955'770.074 y se ha legalizado, como consta en el acta 4 en cuyo texto se plasmó: "cantidades acumuladas al acta 4: quedan pendientes algunas por calcular y Prime está solicitando revisión de precios de algunos *ítems* que no se tuvieron en cuenta durante el presente corte... la suma de \$729'283.571. lo anterior arroja un saldo por legalizar de \$226'466.503, suma esta que se invirtió en las obras conforme se ha plasmado en el cuadro anterior" (destaca el Tribunal).

Valor del contrato. El valor del contrato se pactó en la suma de \$2,100,000,000 y apenas se ejecutó un tercio del mismo. Algunas de las cuentas fueron formuladas durante el desarrollo del contrato y correspondían a costos causados en su desarrollo.

En acta de reunión 017 del 28 de marzo de 2012, en el numeral 7 se lee:

"PRIME manifiesta que ha calculado aproximadamente sobrecostos en concreto y mano de obra que ascienden a \$241'000.000 para el total del contrato, mano de obra \$156'000.000 para el total son \$398'000.000. Hasta el momento llevan un hueco financiero de \$90'000.000. Pasarán soportes a SI99 para análisis".

En acta de reunión 020 del 18 de abril de 2012, en el numeral 11 aparece:

"La cotización del tanque de recirculación, necesario para la instalación del tren de lavado, será entregada por parte Prime el día miércoles 18 de abril, Alfonso manifiesta que es urgente esta cotización teniendo en cuenta que es vital para la toma de decisión. Antes del viernes se tiene la cotización".

El Tribunal observa que el peritaje que debía conducir a establecer el valor de las obras efectivamente realizadas no fue posible. Sin embargo, debe advertirse que hubo costos de los que se ocupará en este proceso para disponer de cancelación a manera de reparación por los daños causados con la inejecución parcial de la obra.

La cifra señalada por el representante legal de SI 99 dijo saber de la entrega de entre \$900 y \$980 millones de pesos, con este mismo valor coincidió la interventora Aida Castañeda en su declaración; esta cifra la confirmó Seguros Bolívar, a la advertencia que estaría justificando el valor de anticipo con cifra menor que la ejecutada. Aparece en el borrador del acta de finalización del contrato (sin suscribirse) la suma de \$750 millones y lo transcrito por la perito Gloria Zady Correa según la cual:

"De acuerdo con el acta de Obra No. 4 de 6 de junio de 2012, última acta presentada, y con facturas emitidas por Prime a SI99, se ejecutó la obra por un valor total de \$729.283.565, y descontando el concreto acelerado, de acuerdo con lo solicitado en esta pregunta, su valor asciende a la suma de \$683.897.831".

En cuanto al anticipo, en el numeral 4.5.2. aparecen señalados **los requisitos previos a su entrega**, así:

- "a. **La suscripción del acta de inicio del plazo** de ejecución de las obras objeto del contrato.
- b. La **apertura de una cuenta de ahorro conjunta entre el contratista y SI99** para el manejo del anticipo.
- c. **El otorgamiento de una póliza de seguros** para el buen manejo del anticipo" (destaca el Tribunal).

485

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

Del primer requisito, obra prueba consistente en copia del Acta de inicio con fecha 22 de diciembre de 2011, suscrita por el contratista, la representante del contratante y otra firma no identificada (no corresponde a la de la interventora).

En cuanto al segundo requisito, en el testimonio rendido por la interventora, Ingeniera AIDA MARCELA CASTAÑEDA AVELLANEDA, a la pregunta formulada por el Tribunal: "¿más o menos durante cuánto tiempo estuvo asesorando como interventora a la firma SI99?". Contestó: "hasta julio de 2013". Preguntada: "¿desde?". Contestó: "desde septiembre de 2011 que empecé con la interventoría de diseños".

O sea, **desempeñó las actividades de interventoría durante todo el término de duración del contrato**, incluso desde antes y un año más hasta la conclusión de otras obras por parte de terceros.

Más adelante se le preguntó: "¿Cómo sin existir un contrato se inicia una obra que no se ha comprometido?". Contestó: "Sí, yo, ahí como le comento, **yo estaba fuera del país, yo me encontraba en España en esos días y cuando llegué pues ya estaba todo hecho**" (destaca el Tribunal).

Posteriormente en su testimonio, afirma:

"...cuando yo llegué, ya tenían como contrato con Prime, **yo llegué en enero 9, 9 o 10 llegué yo a Colombia nuevamente y empezamos el proceso constructivo con la firma Prime**" (subraya el Tribunal).

Lo afirmado por la propia interventoría tiene como consecuencia que no se cumplió con el segundo requisito exigido, en forma oportuna, la **apertura de cuenta de ahorro conjunta, pues como lo admitió la propia interventora, ella estaba fuera del país.**

En cuanto al hecho 20 de la demanda se ha evidenciado que se impusieron obstáculos por parte de la representante de la contratante para la rápida apertura de la cuenta que ha debido ser de ahorros (no corriente); precisamente existe vacío en los términos de referencia ya que en cuanto a los días máximos para realizar este trámite bancario, nada aparece; la interventora en su testimonio a la pregunta del abogado de la convocante, "¿cuándo se ha debido cancelar el monto del anticipo a Prime?", contestó: "5 días después del contrato", no se conoce por qué se refirió a ese término puntualmente.

486

Tampoco se señaló entidad bancaria específica para la apertura, y en consecuencia, **existía posibilidad de otras entidades bancarias o entidades financieras que hubiesen abierto cuenta de ahorros, tal como se estableció en los términos de referencia.** En efecto, el hecho del reporte como deudor moroso en DirectTV que se señaló, en que presuntamente estaba incurso el representante legal de Prime, **no era impedimento para apertura de cuenta de ahorros ya que para ello basta con los documentos de identidad y el dinero a depositar,** así lo ofreció el BBVA. Como lo acredita prueba documental arrimada al plenario, lo que finalmente se abrió fue la cuenta corriente 6220292 del Banco de Bogotá, sucursal calle 104 con avenida 19.

Finalmente, a este respecto, se refirió el apoderado de SI 99, folio 95 de la transcripción, al argumentar a la Presidencia sobre objeción a la pregunta por él formulada, cuando dice: "con el mayor respeto, quiero hacer referencia a eso porque igualmente se conoce que **el giro del anticipo se logró únicamente hasta el mes de febrero, ya cuando había transcurrido un tiempo largo de la ejecución del proyecto**" (destaca el Tribunal). En efecto, **el contratante mediante su apoderado reconoció la demora en el pago del anticipo en la contestación de la demanda,** por lo que no se analizó el tema en la demanda de reconvención ni en las excepciones propuestas por la sociedad llamada en garantía.

El 13 de febrero de 2012 se consignó el anticipo (la suma de \$630,000,000 o sea, 30% del valor del contrato), **con atraso de 53 días lo cual representó disponer de esos recursos económicos después de haber transcurrido casi la mitad del plazo del contrato (el 44.16%) pactado para la ejecución de la obra contratada;** es decir, de los 120 días pactados como plazo. La no cancelación de los recursos del anticipo **constituye incumplimiento significativo del contrato, por parte de SI 99.**

A folio 16, en el testimonio de ALEXANDRA RODRIGEZ MOTTA, el apoderado de la convocante preguntó: "¿entonces **Prime contaba con el anticipo antes de finalizar el año 2011 para adquirir materiales?**" Contestó: "Sí señor". Preguntó: "eso lo sabía SI99?". Contestó: "sí, claro, nosotros el **4 de enero también les escribimos al respecto,** empezamos a oficiar desde el 4 de enero con el tema del anticipo". Preguntado: "¿sabe si Prime dispuso de dineros propios para cubrir el importe del anticipo que debía cancelarse al firmarse el contrato y tener aprobadas garantías y la cuenta bancaria?"

487

Contestó: "Sí, claro, porque **la ejecución del contrato empezó el 22 de diciembre y hasta el 13 de febrero llegó el anticipo, o sea toda la ejecución que hubo hasta el 13 de febrero fue con recursos de Prime**".

Dr. VARGAS: "Precise, ¿cuál fue el monto que Prime aportó para cubrir parte del anticipo?". Contestó: "cerca de 170 millones" (destaca el Tribunal).

En testimonio de la ingeniera ALEXANDRA RODRIGEZ MOTTA, rendido en audiencia del 16 de octubre de 2014, a folio 21 aparece: Dr. VARGAS: "**precísele al Tribunal si los cheques a los que ha hecho alusión en la respuesta anterior y con los cuales se canceló parte del importe del hierro a Diaco**, son aquellos cuya fotocopia obra a folios 781 del cuaderno de pruebas número 2 que con la venia del Tribunal le **pongo de presente**".

Contestó: "**¿son 2 cheques de 20 millones de pesos** del 12 de marzo?" Dr.

MAYORCA: "se pone de presente a la testigo los documentos referidos por el apoderado de la parte convocante". "**Sí, están de fecha del 8 de marzo** y

tuvieron que haber sido firmados finalmente el 12 de marzo que fue cuando **nosotros los entregamos a Diaco para no parar la producción**". Dr.

VARGAS: "esos cheques a los que ha hecho alusión están girados a favor del señor JORGE IVAN PRIETO, ¿sabe si fueron endosados a Diaco? ¿cómo se efectuó el pago?". Contestó: "sí es que esta plata era de Prime de unos reembolsos de gastos que había ya ejecutado pero como tuvimos problemas con el giro del cheque **volvimos a prestar los 40 millones de pesos para que no pararan la producción** y aquí dice Diaco, sí, está endosado a ellos".

Dr. VARGAS: "Precísele entonces al Tribunal, si el dinero representado en esos 2 cheques **correspondía a fondos de la obra ¿o son dineros de Prime?**" Contestó: "**Era un reembolso de gasto que había ejecutado Prime**". Dr.

VARGAS: "**¿O sea que era dinero de Prime?**" Contestó: "**Sí señor**" (destaca el Tribunal).

El retardo en el desembolso del anticipo obligó al contratista a conseguir recursos según observa el Tribunal, para obtener material necesario a fin de cumplir las responsabilidades previstas en el contrato generando costos que no le correspondía asumir y los cuales a juicio del Tribunal se ordena su cancelación por parte de SI 99.

El retardo en el desembolso del anticipo obligó al contratista a conseguir recursos según observa el Tribunal, para obtener material necesario a fin de cumplir las responsabilidades previstas en el contrato generando costos que no le correspondía asumir y los cuales a juicio del Tribunal se ordena su cancelación por parte de SI 99.

Con qué recursos se pagó. El origen de los recursos para cancelar el valor del contrato, está ilustrado en declaraciones que el propio representante legal de SI 99 explica y su colaborador en la ejecución del contrato describen, así: en interrogatorio de parte y exhibición de documentos del señor VICTOR RAUL

488

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

MARTINEZ PALACIO, a folio 2 aparece: "82 buses nuevos chatarrizan 82 buses viejos que es el mínimo legal, el 2.7 era contractual y no legal, y a cambio de eso SI99 asumió el compromiso de entregar para construir obras de infraestructura del sistema a Transmilenio la suma de \$2.500 millones de pesos. Qué hacer con \$2.500 millones de pesos fue una conversación posterior a la firma del *otrosí* pero finalmente lo que acordamos fue que esos \$2.500 millones de pesos nosotros le entregábamos \$1.250 a Transmilenio S.A. para que los destinara donde a bien tuviera y los otros \$1.250 los destinábamos a la construcción de un edificio dentro de las instalaciones del patio de operaciones de Usme que es donde opera SI99", y en ese entonces a raíz de una serie de propuestas que habíamos solicitado a compañías constructoras teníamos la idea de que el edificio completo podía costar cerca de 2.200 millones de pesos y sobre esa base hicimos el acuerdo" (destaca el Tribunal).

En testimonio rendido por el Sr. ALFONSO EDUARDO BERNAL CARVAJAL, a folios 1 y 2 aparece:

"La motivación a construir se genera a raíz de una negociación que se realizó con Transmilenio de inclusión de nueva flota donde hay unas condiciones que debíamos SI 99 en esa negociación aportar \$2.500 millones para labores de infraestructura en el sistema. Inicialmente hicimos un giro a Transmilenio en efectivo de \$1.250 millones y **\$1.250 los dejamos para destinación de mejoras en la infraestructura que tenemos en el patio de Usme**, el portal de Usme o los patios de Transmilenio son en concesión en comodato, las mejoras que se realicen en los patios quedan para el Distrito" (destaca el Tribunal).

Ítem más, la interventora claramente advirtió, y así quedó consignado en su testimonio, que la voluntad del contratante y de la interventoría fue la de ejecutar únicamente \$1,250 millones.

Observa el Tribunal que esta cifra de \$1,250 millones aparece mencionada como la máxima a utilizar en el contrato, habiéndose cancelado a Prime poco más de la mitad de la misma.

Tercer requisito, las pólizas. El 12 de enero de 2012, con la póliza 1505-0007785-01 de Seguros Comerciales Bolívar, cubrió el manejo del anticipo, desde el 27 de diciembre de 2011 hasta el 31 de julio de 2012, asegurando el valor de \$630'000.000.00.

11809

La póliza, fue gestionada con oportunidad y su constitución no se apreció como obstáculo para el desembolso oportuno del anticipo.

2.2.SEGUNDA OBLIGACION: facilitar el acceso a información y elementos necesarios de manera oportuna.

Planos. Acta de reunión del 28 de diciembre de 2011:

"2. Se van a entregar los planos oficiales arquitectónicos y estructurales parcialmente, los oficiales llevarán un sello en cual indica que son para construcción... 4, al no tener planos record de la estructura existente el constructor se apoya en personal de SI99 para las interferencias que se puedan presentar".

Acta de reunión de 4 de enero de 2012: "1. El día de hoy entregaremos una faceta de la entrega final de los planos estructurales".

En la Bitácora de Obra el 10 de enero se consignó: "se enviaron a *plotear* los planos estructurales quedando pendiente el ajuste de la cimentación en el eje C2".

También en la bitácora de obra el 6 de marzo de 2012 se lee: "entrega la interventora juego de planos".

En testimonio rendido por FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA, el 14 de octubre de 2014, a folio 92 declaró: "de tal manera que tocó romper unas losas, empezar a excavar por los lados y mirar a ver cómo íbamos a hacer y qué era esa pieza, de dónde la íbamos a sacar y cómo se iba a hacer para demolerla o dejarla en su sitio si tocaba dejarla porque era parte de una estructura que estaba por debajo del tema, es decir **no existían planos de lo que estaba debajo**, era una situación completamente imprevisible" (destaca el Tribunal).

ALEXANDRA RODRIGUEZ MOTTA a folio 11 de su testimonio declaró: "**Nunca nos dieron planos del patio en el que estábamos trabajando, o sea que no sabíamos nada de lo que existía, o sea no se podía saber nada de lo había ahí abajo hasta cuando comenzamos a excavar**, entonces el cárcamo no se podía martillar desde arriba, tenían que excavarlo, o sea tenían que excavarlos abajo para que él pudiera caer" (destaca el Tribunal).

ABEL ENRIQUE RAMIREZ BERMUDEZ, topógrafo e ingeniero civil en su testimonio a folio 67 fue interrogado por el apoderado de la convocante: "¿quién debe normalmente suministrar las coordenadas para hacer esa estructura que usted menciona de óvalo?". Contestó: **"realmente SI99 tiene esa facultad de poder presentar una certificación de coordenadas para que el contratista se ciña a esas coordenadas y pueda ejecutar los trabajos,** debe haber un plano *ash build* que es un plano de construcción, siempre se hace". Preguntado: **"¿eso existía en este caso?"**. Contestó: **"no señor"**. Preguntado: **"¿Quién los debe suministrar normalmente?"**. Contestó: **"SI99"** (destaca el Tribunal).

A folio 43 del mismo testimonio se lee pone de presente por el apoderado de la convocante correspondencia dirigida a la Señora AIDA CASTAÑEDA, comunicación 029 de fecha 29 de mayo de 2012, que obra a folios 133 y 134 del cuaderno de pruebas 2, donde se lee: "'Se solicita enviar plano de juntas de las placas de contrapiso para el análisis'... Entonces él nos responde diciendo que teníamos que enviarla nosotros, yo le digo que no era nuestra competencia, **nuestro trabajo es construir no complementar parte de los diseños,** entonces ahí quedó pidiendo cuál sería el refuerzo a solicitar, aunque no pudo cambiar el nivel, cuál sería la solución a los refuerzos cortantes en el pavimento, ¿cómo sería el empalme entre el pavimento nuevo y el pavimento viejo, que había ahí en la obra y que digamos no le preocupaba a él que en el diseño original concebido con base estabilizada con cemento debajo de las losas que si no le preocupaba en uso que iba a tener esa zona donde iba a ser el lavado de vehículos, cerca de 300 vehículos al día, iba a consumir más o menos 16.000 a 20.000 litros" (destaca el Tribunal).

JAZMINE CRISTINA FLORIÁN ORTIZ fue interrogada por el apoderado de la convocante así: **"¿Puede informarle al Tribunal si en esos términos de referencia se informó que los diseños con base en los cuales se presentaban las propuestas no eran definitivos?"**. Contestó: **"no, los diseños digamos que eran definitivos, lo que les digo es que en el desarrollo de la ejecución se evidenció que había que hacer unos replanteamientos por tema ahí ya puntuales en esa estructura** que había ya que había que hacer un cambio en una esquina como del edificio y demás pero los diseños que se entregaron con los términos de referencia eran los ya iban a ser para construcción". Preguntado: **"¿se le suministró a los diseñadores originales del proyecto del edificio los diseños del patio que existía en el lugar de las obras?"**. Contestó: **"sí, la información que teníamos sí, porque**

491

la información que en su momento nos entregó el IDU porque cuando se reciben esas infraestructuras la información es del IDU quien es quien los construye y esa información fue la que se entregó a los diseñadores para que a partir de allí ellos generaran sus diseños". Preguntado: "precísele al Tribunal quienes eran los diseñadores del proyecto". Contestó: **"cada especialidad tenía un diseñador la persona que hizo el diseño arquitectónico es un arquitecto que se llama LUIS MANUEL RODRIGUEZ, la parte eléctrica la diseñó una compañía que se llama ARMENTA CHAVARRO, la parte hidráulica la diseñó una compañía que se llama HIDROOBRAS, toda la parte del diseño estructural estuvo a cargo del señor SANTANA ESTUPIÑAN, esos eran si mal no estoy y el estudio de suelos se hizo con ALFONSO URIBE"** (destaca el Tribunal).

ISMAEL SANTANA SANTANA, rindió testimonio el 10 de diciembre de 2014, y a folio 2 expresó: "la participación nuestra, me refiero nuestra a la de la oficina de la cual formo parte y soy representante legal, hizo estudios previos, una parte de los estudios previos, específicamente el diseño de la estructura para la edificación". Y más adelante a folio 4, el apoderado de la parte convocada preguntó: "¿nos podría informar si ese diseño inicial que ustedes presentaron para la construcción de esa edificación tuvo variaciones en el desarrollo del proyecto?". Contestó: "no creo, durante la construcción porque en la etapa de diseño naturalmente hay ajuste, pero eso forma parte del proceso de diseño mismo, pero durante la construcción no, que nosotros hayamos tenido que hacer una revisión o verificación, actualización de los diseños por cambios de otra naturaleza, podría ser por ejemplo arquitectónicos, que es lo que motivaría una modificación a los diseños estructurales no, eso no se dijo, no hubo modificación en los diseños". A folio 9 preguntó el apoderado de la convocante: "por favor, precísele al Tribunal si ¿esos diseños que usted elaboró fueron los definitivos para el proyecto?". Contestó: **"Si fueron modificados no los hizo la oficina nuestra"** (destaca el Tribunal).

La ingeniera ALEXANDRA RODRIGUEZ MOTTA, a folio 8 de su testimonio, interrogada por el apoderado de la convocante, así: "por favor precísele al Tribunal si ¿existieron inconvenientes con los diseños originales en desarrollo de las obras del Portal de Usme de Transmilenio, en caso afirmativo por favor precísele al Tribunal cuáles fueron esos inconvenientes con los diseños?". Contestó: "bueno, **hay un acta, desde el 26 de diciembre que se iniciaron los trabajos nos expresaron que no existían diseños finales aprobados,** que los que fueran a entregar vendrían con un sello, eso lo dijeron el 28 de

492

diciembre, creo, **el 4 de enero también dijeron que iban a hacer una entrega parcial de los diseños, se comienzan a hacer como las excavaciones y como no existían planos del patio, entonces no se sabía que estructura existían ahí abajo.** Entonces comenzaron a salir tubos, comenzaron a salir cosas que se cruzaban con el diseño original que habían hecho, entonces **se tuvo que hacer una modificación de todo el tema de la cimentación, eso pasó durante las 2 primeras semanas de enero,** luego sucede el accidente que estuvimos parados hasta el 25 de enero, siguen cambios del tema de la cimentación. **Luego en mayo, cuando comenzamos a organizarnos para fundir la placa de pavimento de la estación, no existían diseños de pavimentos,** entonces se comenzaron a pedir desde mayo, se hacían comunicaciones, **luego se mandaron varias comunicaciones en junio donde se decía que había todavía muchas dudas en el tema hidráulico y eléctrico**" (destaca el Tribunal).

En testimonio rendido por FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA, el 14 de octubre de 2014, a folio 80 declaró: "el principal atraso de este proyecto sucedió por la falencia en lograr conciliar los diferentes diseños que intervenían en este proyecto, creo que básicamente ese fue el más grave de todos los problemas". A folio 81 aparece: "en el inicio de la obra se alcanzaron a abrir alguna losas para iniciar los sitios de la estructura y **se encontró que había redes que estaban debajo, que no estaban planteadas dentro del diseño de tal manera que no fueron contempladas en el diseño inicial**" (destaca el Tribunal).

ABEL ENRIQUE RAMIREZ BERMUDEZ a folio 83 de su testimonio declaró: "**desde un comienzo la obra tuvo que haber tenido una topografía y no ha hubo,** es más, no hubo unos planos de *ash build* para poder encadenar todo, los diseñadores tenían que haber exigido una topografía, **los diseñadores antes de diseñar deben saber dónde están los elementos que existen para yo montar un plano arquitectónico un plano estructural o montar unas redes y eso se hace en el proceso de licitación**" (destaca el Tribunal).

ISMAEL NIÑO RIVERA, en testimonio a folio 36 aparece: "Cuando yo empiezo a trabajar parte de lo que hago, porque **lo que tenía en ese momento la empresa constructora Prime era algunos de los planos del modelo de 3 niveles, cuando por alguna razón deciden que no vamos a hacer el tercer piso y vamos a cambiarlo y a ubicar unos equipos en el segundo**

403

nivel, es porque en el tercer piso había unos simuladores, se decidió recortar el auditorio, ahí había que generar unos nuevos diseños para ajustarlos porque la parte eléctrica cambia, se elimina el piso de arriba, ya lo que era anteriormente una placa de tercer piso que era un entrepiso, pasa a ser una placa de cubierta, hay que hacerle una distribución de bajantes de aguas lluvias diferente, todo eso quedamos a la espera de que llegara para poderlo terminar" (destaca el Tribunal).

A folio 41 el apoderado de la convocante preguntó: "precísele al Honorable Tribunal si usted requirió a la interventoría para sostener una reunión con el ingeniero eléctrico de ARMENTA CHAVARRO y CIA. LTDA. para solucionar inconvenientes con los diseños y especificaciones de redes eléctricas?". Contestó: "sí señor, sí la solicité y digamos esa reunión se son cumplió y de hecho fuimos con el contratista de Prime a la oficina de ARMENTA CHAVARRO, ahí **se nos entregó un CD con las cantidades de obra del proyecto y ese CD la interventoría se quedó con ese CD y yo posteriormente se lo solicité en un correo que consta ahí en los correos enviados a ella y no nos entregó ese CD con las cantidades de obra eléctricas para presentar la propuesta** porque fuimos precisamente porque los simuladores que estaban en el tercer nivel y ya el tercer nivel se estaba desapareciendo y ahora los íbamos a acomodar en el segundo, ¿cuál era la sugerencia de ARMENTA CHAVARRO para ubicar la red en esos puntos? ¿en dónde deberíamos colocar los nuevos tableros? y todo eso" Preguntado: "¿la falta de ese CD que injerencia tenía en el desenvolvimiento?" Contestó: "por poder presentar más ajustado el presupuesto eléctrico y más pronto". El Tribunal: "o sea, si era". Contestó: "**claro, si estamos cambiando un edificio que antes tenía un valor ahora llevaba dos niveles, iba a tener otro valor y a nosotros nos estaban presionando para entregar un presupuesto ¿Cuánto iba a costar esa obra? Eso nos pudo haber ahorrado cierto tiempo**" (destaca el Tribunal).

AIDA CASTAÑEDA AVELLANEDA en comunicación a PRIME el 20 de febrero de 2012 en el numeral 12 consignó: "**pendiente diseño definitivo de las desviaciones de tuberías encontradas, pues el que se encuentra en obra es provisional, es importante para el avance de placas de primer piso**" (destaca el Tribunal).

FRANCISCO ANDRES RODRIGUEZ GARCÍA en testimonio rendido el 26 de noviembre de 2014, declaró: "se evidenció que el alcance de las obras fue modificado en sus diseños originales, es decir, el riesgo se incrementó en la

494

medida en que la compañía no tuvo conocimiento de cambios a los diseños y especificaciones técnicas inicialmente pactadas que **posteriormente fueron modificados por acuerdo que estaba en negociación entre las partes** y que hizo que la compañía al no conocer esta situación se entendiera, se evidenció una agravación del riesgo, **también se evidenció que existieron muchas comunicaciones de parte de Prime contratista hacia SI99 donde reiteradamente ellos pedían que se aclararan los alcances de los diseños definitivos** porque era una obra básicamente que era una estructura relativamente simple desde el punto de vista técnico que con el tiempo por las modificaciones que pedía el contratante se fue complicando en las definiciones **y esto hizo que los presuntos atrasos se dijera que eran imputables a Prime cuando realmente no lo eran, porque el contrato no avanzaba por esa falta de definiciones que se fueron dando durante su ejecución**" (destaca el Tribunal).

NATALIA SILVA NIÑO en testimonio rendido el 26 de noviembre de 2014 a folio 49 declaró: **"el contrato inició con un número especificaciones técnicas como el número de pisos, y después fue modificándose terminando en otro tipo de edificación**, situación que siempre quisimos aclarar y por eso en la comunicación que enviamos, que envié suscrita por mi persona, hice referencia a un punto y era por favor envíenos los estudios, los diseños aprobados por las partes para este proyecto, situación que no conocimos" (destaca el Tribunal).

Este acápite tiene varias expresiones, en criterio del Tribunal, las cuales deben reflejarse en la ejecución del contrato, de una parte, la participación de la interventoría, de otra, sobre las que habría que señalar conductas que no contribuyeron a la finalidad de su presencia, sino al contrario.

En primer término, **la ausencia de parte de la interventoría que se refleja en omisión de información y apoyo de esa oficina durante los primeros 18 días del contrato** (del 22 de diciembre al 10 de enero del año siguiente), a la cual ya se hizo referencia, lo que reflejó en la práctica es que la contratante, por conducto de la interventoría, en lugar de agilizar los trámites para impulsar el avance de la obra y dar cumplimiento al objeto de su actuación (que no es otro que el de la realización del contrato) fue negligente, pues, a pesar de iniciar tareas el contratista antes de la firma, permitió que su representante en la ejecución del mismo, la interventora, se ausentara del país y por ende faltara

495

a sus obligaciones en forma oportuna (y es cuando además, se registraba retraso en el giro del anticipo).

De otro lado, la demandante, en *email* de fecha 19 de marzo de 2012 a la ingeniera interventora AIDA CASTAÑEDA, formuló 14 observaciones a la contratista; en la respuesta 3 se lee: **"la Interventoría será supervisora no como se expresa en el informe que la Interventoría realizará un acompañamiento"** (destaca el Tribunal).

En Acta de reunión 013, que obra en el plenario como prueba documental, aparecen 4 firmas; en el numeral 9 se lee: **"No se acepta la reprogramación del cronograma entregado, se solicita revisión.** La interventoría solicita que la **reprogramación que al final sea aceptada no va en contra del presupuesto irá a cargo del contratista"** (destaca el Tribunal).

En efecto, observa el Tribunal que se registran repetidas actuaciones en dirección contraria a los avances del contrato con múltiples demoras sin resolver consultas; una relevante y de mucha gravedad que traería múltiples dificultades, fue impedir al contratista consultar directamente con el arquitecto Luis Manuel Rodríguez, autor del diseño principal del edificio, interfiriendo e intermediando la interventoría cualquier detalle que para el autor del mismo se resolvería sin dilación y con exactitud. Aspectos demostrativos de este punto se constatan con eventos reflejados en la primera parte de la obligación, "facilitar el acceso a información".

Resulta ilustrativo el *email* enviado por ABEL ENRIQUE RAMÍREZ BERMUDEZ el 11 de mayo de 2012 a la interventora y a abernal@si99, así:

"Prime solicita que los diseñadores del proyecto estén disponibles para la ejecución de la obra cuando se les requiera sin condiciones. Todo diseñador de un proyecto tiene obligación de hacer asesoría desde el comienzo hasta el final, para hacer los suficientes análisis y correctivos de los detalles en la marcha como prueba de garantía a su conocimiento. **Debido a que la interventoría arbitrariamente ha canalizado todas las comunicaciones de las inquietudes que se presentan en obra a través de ella, se ha entorpecido el proceso de comunicación directa entre el contratista y el diseñador. Esto también ha incidido en el atraso de la obra"** (destaca el Tribunal).

UAB

Precisamente, demostración del anterior pronunciamiento, la observación 8 refleja la imposición unilateral cuando dice: "desde el día 23 de febrero llegó el hierro de columnas y se determina error en pedido el día 9 de marzo".

En *email* del 3 de abril de 2012 del ingeniero residente de Prime, ABEL RAMÍREZ pregunta a la interventora: "¿esto indica que hay que pedir más acero para que se cumpla este propósito, o pedimos concepto del ingeniero estructural?".

El 4 de abril de 2012 el mencionado ingeniero RAMÍREZ reiteró además de requerimiento técnico estructural, arquitectónico y de desagües.

El 8 de abril de 2012 la ingeniera interventora reenvió *email* contentivo de las consultas a isantana; sebastianvelasquez; gdelfos.

Lo anterior constituye a criterio del Tribunal, evidencia del entorpecimiento en la ejecución del proyecto por parte de la interventora ya que tomó 4 días para reenviar un correo, y de esta manera obtener las respuestas que hubieran podido resolver las situaciones en forma directa. Ninguna solución de su parte entregó a los constructores, quienes requerían información inmediatamente.

El *email* del 23 de abril el ingeniero estructural, FREDY ORDÓÑEZ, formula dudas "para su consideración" en relación con los requerimientos de acero según "Planos vs. inf. Campo".

En *email* del 26 de abril de 2012 el ingeniero ORDOÑEZ emite aclaración relacionada con el tema tratado, la cual es reenviada ese mismo día al residente Abel Ramírez quien había formulado las consultas. Lo anterior prueba que la consulta planteada el 8 de abril, relacionada con estructuras, es resuelta el día 26; o sea, 22 días de trámite, **más exactamente de retardo en el contrato cuya duración fue de 120 días; el retardo de 22 días representa casi el 20% del plazo total del mismo.**

En cuanto a desagües la respuesta la emite SEBASTIÁN VELÁSQUEZ, vía *email* el 2 de mayo de 2012, dirigida a la interventoría, la cual es reenviada ese mismo día al ingeniero residente de Prime ABEL RAMÍREZ. El Tribunal observa demora de casi un mes (menos dos días) para resolver la consulta formulada a la representante de la contratante; la cuarta parte del plazo pactado para la ejecución total del contrato.

197

La misma interventora CASTAÑEDA AVELLANEDA resulta quejosa en **email del 30 de junio de 2012**, dirigido al ingeniero estructural ISMAEL SANTANA cuando manifiesta:

"He enviado consultas estructurales con fecha 25 de junio de 2012 sin respuesta de su parte, necesitamos de su amable colaboración para poder terminar el proyecto pues es de vital importancia su aporte" (destaca el Tribunal).

El mismo día 30 de junio recibe correo electrónico contentivo de la respuesta solicitada en el que se lee:

"Es de vital importancia para el proyecto contar con esta información a la mayor brevedad, atentamente, ISMAEL NIÑO – Director" (destaca el Tribunal).

El texto anterior hace énfasis en la importancia del mismo y la necesidad de conocimiento del constructor con oportunidad. La información tuvo carácter de urgente, era "vital" al cumplimiento del contrato, pero **el acceso a la información tomó 5 días en obtenerse.**

En testimonio del Señor FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA a folio 081 de la transcripción se lee:

"...las soluciones demoraban 8, 15 o 20 días y creo que ustedes pueden verificarlo en las actas de los comités que reiteradamente **la observación de Prime se concretaba en peticiones como, 'por favor resuélvame esto, por favor resuélvame esto, por favor resuélvame esto'**" y más adelante en el mismo folio, **"en el arranque de la obra hubo cosas que permanecieron en comité tras comité,** tarea apuntada en el comité, tarea tras tarea, lunes tras lunes, las mismas tareas, **8, 15, 20 días, un mes sin que fueran resueltas técnicamente por la interventoría"** (destaca el Tribunal).

En los hechos de la demanda puede resaltarse el número 19, demora en el pago del anticipo: '53 días de retraso'. La contestación de la demanda reconoce el hecho y responde, al hecho 19: **"es cierto en la forma en que lo plantea el demandante"** (destaca el Tribunal).

498

Frente al hecho 20 'trabas para apertura Banco BBVA': "No. 20: es falso, los términos de referencia y el contrato se establecieron en forma clara y precisa los requisitos exigidos".

Planos y diseños. Obligación a cargo de SI 99; haber preparado con anticipación y en detalle los elementos que debían entregarse en oportunidad.

No es de poca monta el hecho de ausencia de planos y diseños ya que el contratista reclamó que si bien es cierto fueron entregados algunos, parte de las dificultades iniciales consistieron en que **al momento de empezar las excavaciones no se tenía a la mano memoria de distintos obstáculos o instalaciones hidráulicas y eléctricas que impidieron adelantar con fluidez los trabajos para el pilotaje**, al punto que a las pocas semanas es cuando aparece atravesado el cárcamo cuya existencia desconocían tanto el contratante como el contratista, lo cual, como se analizará más adelante, dio lugar a accidente que costó la vida a uno de sus trabajadores.

Los planos eléctricos además del de pavimentos, fueron echados de menos en la construcción y de ello dan cuenta testimonio de quienes declararon advirtiendo que no se tuvieron los correspondientes documentos de forma oportuna.

Lo propio también aparece alegado por parte de Prime respecto al estudio de suelos que finalmente tuvo que ser ordenado directamente por ellos, responsabilidad atribuida al contratante.

Estudio de suelos. Bitácora del 10 de enero, se registró: "**se solicitó al interventor el estudio de suelos para definir altura del ciclópeo de las zapatas**" (destaca el Tribunal).

La interventora AIDA MARCELA CASTAÑEDA AVELLANEDA, en testimonio de 14 de octubre de 2014 declaró: "como que **estábamos con los ojos vendados al no saber, ni siquiera en las excavaciones sabíamos qué nos íbamos a encontrar, se hicieron unos estudios de suelos con unos apiques**, pero eventualmente, cuando estábamos haciendo excavación, *fun*, se nos fue mucho más abajo la excavación, y nosotros con todo el criterio del mundo le decíamos, siga excavando hasta que no encontremos un material cortante, cosa que se le va a reconocer, si usted se va más abajo yo le reconozco más excavación pero

499

lo que no puede ser es que tomemos medidas más aceleradas para agilizar una actividad" (destaca el Tribunal).

JAZMINE CRISTINA FLORIAN ORTIZ en su testimonio a folio 12 fue interrogada por el apoderado de la convocante, así: "¿sabe si respecto del estudio de suelos en algún momento se evidenció en el mismo **que la zona era proclive a presentar inundaciones?**". Contestó: **"no, no lo recuerdo, no lo tengo presente, no creo que hubiese salido en el estudio de suelos, no lo recuerdo la verdad"** (destaca el Tribunal).

Relacionado con el tema de suelos y las inundaciones frecuentes:

DEY YOVANY ROJAS RICARDO en testimonio rendido el 2 de octubre de 2014 a folio 61 fue interrogado por el apoderado de la convocada así: "nos podría informar respecto a las inundaciones a las que hizo referencia, por una planta de tratamiento de aguas residuales, ¿cuántas inundaciones se presentaron?". Contestó: "no tengo la cifra, pero sí era constante pero no tengo aquí la cuenta más o menos cuántas inundaciones se presentaron, fueron...". Preguntado: "discúlpeme, **cuando hace referencia de constante ¿es qué?**". Contestó: "constante es que, digamos **yo cierro el fin de semana, el sábado terminó labores y llegábamos el lunes y estaba inundado todo el perímetro en donde estábamos trabajando**". Preguntado: "¿cuántas veces se presentó eso?". Contestó: **"más o menos unas 5 o 6 veces"** (destaca el Tribunal).

Este texto refleja que **la interventora se atribuyó decisiones que no le correspondían al ordenar que siguiera la excavación sin autorización de la contratante, considerando que la excavación representa sobrecosto importante que debía autorizar el contratante**. Que no se tenía adecuado estudio de suelos porque "no sabíamos qué nos íbamos a encontrar". Y finalmente, Prime tuvo que ejecutar más excavación que la ofrecida por hallazgos en el terreno a construir.

A folio 35 dijo: "a ellos se les hizo cuatro entregas, si no estoy mal, de estudio de suelos del ingeniero ALFONSO URIBE quien era el diseñador de las especificaciones de la placa y del estudio de suelos".

ALEXANDRA RODRIGUEZ MOTTA a folio 9 de su testimonio expresó: **"para el hidráulico nos tocó poner un topógrafo a nosotros para pasarle las cotas a la firma que hacía los diseños para que volvieran a ajustar todo"**

el diseño hidráulico". Preguntó el apoderado de la convocante: "¿hubo alguna dificultad al iniciarse los trabajos por parte de Prime en el replanteo topográfico del terreno donde se iban a ejecutar esas obras?" Contestó: "sí, sí porque no había una cota de donde amarrarse para poder hacer el replanteo con equipo de topografía, entonces en una de las actas, creo que es la del 28 o 4 de enero, ellos dicen que hagamos el replanteo con cinta pero **después nos tocó ubicar un topógrafo para que volviera a hacer el replanteo con el equipo de topografía**". Preguntado: "por favor, precísele al Tribunal si ¿ese replanteo se encontraba en los términos de referencia y en el contrato a cargo de Prime?". Contestó: "hay una localización de replanteo inicial que era con cinta **pero nos tocó finalmente terminar haciendo con topógrafo y pues nosotros lo hicimos**". Preguntado: "perdón, no contestó la pregunta". Contestó: "dentro del contrato había una localización y replanteo del proyecto". Preguntó el Tribunal: "¿pero con topógrafo?" Contestó: "no, era con cinta". Preguntado: "por eso, ¿pero ustedes la hicieron?" Contestó: "sí la hicimos, no se pudo hacer con cinta como habían dicho ellos porque como no teníamos la cota para amarrarnos pero **después tocó ubicar una cota cercana para poder amarrar y poder localizar el proyecto** ya con equipo topográfico" (destaca el Tribunal).

ABEL ENRIQUE RAMÍREZ BERMÚDEZ, en testimonio rendido el 16 de octubre de 2014, dijo: "yo llegué para desarrollar una topografía y cuando llegué yo les dije que me mostraran planos de incorporación a placas del Instituto geográfico Agustín Codazzi porque lo primero que uno hace como topógrafo es trabajar en coordenadas, usted con coordenadas puede empezar un movimiento a tierra hacia el punto que usted tuvo inicialmente lo puede en cualquier momento en desarrollo de la obra volverlo a replantear, cuando trabaja por coordenadas. Cuando yo llegué a los 2 meses pues yo me encontré con la situación de que no tenían incorporación de placas, entonces yo les dije, bueno y **entonces esto cómo lo hicieron, cómo lo implantaron de acuerdo a lo existente, no hicieron una actualización de redes porque se debe hacer una actualización de redes tanto hidráulicas, como sanitarias, como eléctricas, como en comunicaciones, más la estructura, mas toda la parte arquitectónica**" (destaca el Tribunal).

En la bitácora de obra, 3 de enero de 2012 aparece: "por solicitud de la interventoría se cita topografía". El 4 de enero de 2012 aparece: "levantamiento topográfico". El 20 de febrero de 2012: "replanteo topográfico tanque y óvalo". 1 de marzo de 2012: "ubicar el primer topógrafo para que entregue la

501

información y se trabaje sobre esta en el nuevo replanteo". Aparece el 5 de marzo, el 12 y el 30 del mismo mes relación de actividades realizadas por topógrafo. En acta de reunión 10 del 8 de febrero de 2012 se lee: "replanteo del óvalo con topografía". En actas de reunión 011 de 15 de febrero y 013 del 24 del mismo mes se deja constancia de actividad de topografía, igualmente en acta 14 del 1 de marzo.

ALFONSO EDUARDO BERNAL CARVAJAL en testimonio a folio 15 fue interrogado por el apoderado de la convocante: **"¿conoció usted las comunicaciones en que Prime puso de presente las incongruencias, errores e inexistencia de diseños estructurales y especificaciones de obra?"** Contestó: "tuve conocimiento en las reuniones de obra, era un tema netamente técnico que **tenía que resolverse con la interventoría a través del arquitecto que fue el diseñador, o si eran hidráulicas, eléctricas, o de esa índole**, muy posiblemente hay una serie de comunicaciones o en las reuniones de obra se presentaba que había algunas diferencias, pero me parece que están dentro del deber ser de la obra, porque no hubo ningún cambio, cualquier cambio estructural, cualquier cambio de diseño debía ser aprobado por la gerencia, y nosotros nunca recibimos un cambio estructural o cambio de diseño en el edificio porque tal como se consignó en los planos en noviembre, desde julio de 2011 que nos presentó el ingeniero LUIS MANUEL RODRIGUEZ los diseños y tal como fueron firmados así la obra estaba, entonces es posible que hayan unos cambios, no sé el número doctor Jácome, qué número de comunicaciones son, pero que estaban en las reuniones, que había unos cambios de algunas formas o estructuras, pero no un tema trascendental que dijera hay que rediseñar el edificio o hay que reestructurar los costos o lo que sea". Preguntado: "¿usted ha mencionado que el edificio no sufrió modificaciones estructurales significativas?". Contestó: "sí". Preguntado: "por favor **precise al Tribunal si el edificio no fue modificado para reducirlo de precio de 3 a 2 pisos?**". Contestó: **"eso fue después, cuando nosotros después, en vista de la premura que teníamos y el tema de costos, una vez que terminamos con Prime para poder terminar el edificio hicimos dos plantas no más, eliminamos el tercer piso que era el edificio el primero y segundo piso no cambió** simplemente el tercer piso era una especie de *mezzanine*, eliminamos el tercer piso, la estructura, las columnas. La fachada, la escalera, no cambió absolutamente nada, simplemente redijimos el espacio del tercer piso lo compactamos en el segundo piso, pero eso fue después de que terminó Prime" (destaca el Tribunal).

SOL

Incluso otros planos como **el de cimentación (planta y despiece de vigas)** a 13 de febrero de 2012 era objeto de requerimiento por el ingeniero Santiago Vélez, "... **es tema urgente para establecer las cantidades de materiales que necesitamos...**" (*email* 348, folio 1852) (destaca el Tribunal); A febrero 11 de 2012 puede leerse nuevo correo del ingeniero Vélez a la interventora AIDA CASTAÑEDA, "**efectivamente usted me hizo entrega de un CD, en donde, entre otros planos se encuentran los estructurales**" (*email* 347, folio 1851). **Observa el Tribunal, la fecha de este correo se cumple un mes y 20 días después de iniciadas las obras, transcurrido más del 30% del término señalado para la ejecución del contrato.**

En Acta de reunión 011, del 15 de febrero de 2012, en la que aparecen 4 firmas, al numeral 36 se lee: "se pide celeridad en las respuestas del diseñador, o un canal más expedito, **la interventoría reitera que el único canal es a través de ellos**, al igual que para los temas ambientales. La interventoría manifiesta que deben realizarse con el debido tiempo y de forma adecuada, **para mitigar el impacto de la demora**. También manifiesta que se solicitó desde tiempo atrás la revisión de todos los planos y que hagan las consultas con el debido tiempo" (destaca el Tribunal).

En testimonio rendido por la ingeniera ALEXANDRA RODRÍGUEZ MOTTA, a folio 10, el apoderado de la convocante preguntó: "**¿Existió desde el principio la relación entre las partes, contacto de Prime con los diseñadores estructurales, hidráulicos y eléctricos del edificio?**" Contestó: "**No, no era permitido**, hay un acta de febrero donde nosotros le decimos que por favor nos ayuden a tener un canal más expedito con los diseñadores para resolver esas dudas y nos dice que reitera que **es IMPOSIBLE que nos comuniquemos directamente con los diseñadores y que todo tiene que hacerse a través de la interventoría, que tenemos que formular las dudas, mandárselas, para que ella hiciera todo el trámite con los diseñadores y nos devolviera todas las respuestas**". Preguntado: "¿normalmente y en promedio cuanto podía demorar la respuesta de la interventoría a las inquietudes planteadas por Prime en términos de diseños?" Contestó: "**De 4, 5, 6 días**". Preguntado: "**¿Eso implicaba demoras en los trabajos?**". Respondió: "**Claro**" (destaca el Tribunal).

En acta de reunión 015, del 7 de marzo de 2012, suscrita por 6 participantes, se lee en el numeral 11, "**el señor Fredy Maya dice que a su modo de ver la interventoría no sirve, porque debe actuar antes**" (destaca el Tribunal).

503

En el numeral 15 del mismo documento obra: **"PRIME manifiesta que la interventoría debió revisar los planos, a lo cual se informa que así fue. Dicen que debió prever las dudas que ellos tienen frente a metodologías constructivas, lo cual informa la interventoría que no es función potestativa y que los diseños están bien"** (destaca el Tribunal).

En interrogatorio formulado a JAZMINE FLORIAN el apoderado de la convocada preguntó: **"¿en los términos de referencia contemplaron o exigieron requisitos tales como... labor de la interventoría únicamente de 7 de la mañana a 12 del día?"** (folios 14 y 15). Contestó: **"No, eso no estaba"** (destaca el Tribunal).

AIDA CASTAÑEDA AVELLANEDA en su testimonio a folio 5, declaró:

"Yo trabajaba de 7:00 de la mañana a 12:00 del día, ese era el trato que se tenía con SI99 y yo dejaba un residente el resto del día, es decir había un residente de interventoría hasta las 5:00 y yo como directora solo estaba de 7:00 a 12:00"

Observa el Tribunal que no resulta constructiva ni práctica la metodología de intermediación entre el contratista y el diseñador, con innecesarias demoras e incluso dificultad en la interpretación del trabajo a ejecutar; tampoco el cambio de planos y diseños. Además, efectivamente **hubo modificaciones sustanciales tanto en planos y diseños como en el tamaño mismo de la obra**. Finalmente, el interventor, observa una vez más el Tribunal, es representante del contratante ante el contratista y en tal tarea "debe velar permanentemente porque todas las actuaciones se realicen de la mejor manera posible, **colaborando a solucionar en forma eficiente y oportuna los posibles desvíos y conflictos que normalmente se presentan"** (Manual de interventoría ed. Itda, José Álvaro Maldonado Contreras, página 28).

Los planos correspondientes a la fachada no se tuvieron en cuenta como lo observa el propio autor de los planos estructurales, arquitecto Luis Manuel Rodríguez (autor del diseño principal), y fueron cambiados (los de fachadas) **para "economizar dinero"**; **tampoco se tuvo en cuenta especificaciones de la ventanería** afectada por fuertes vientos (testimonio arq. Rodríguez). Finalmente, ISMAEL NIÑO declara que **el contratante cambió el diseño sustancialmente al prescindir del tercer nivel que estaba previsto,**

504

habiéndose notificado la reducción a solo dos plantas con lo que fue necesario volver a rediseñar el proyecto.

Objeto pactado. Hubo **modificaciones en el tamaño de la obra, con los terminados y en los diseños internos por la supresión de espacios.**

JAZMINE FLORIAN a folio 9 manifestó: "si inicialmente el diseño tenía previsto que fuesen si mal no estoy 3 pisos, **después se modificó**" (destaca el Tribunal), **habiendo quedado reducido a dos plantas únicamente; este recorte del objeto del contrato se decidió unilateralmente por el contratante.**

El arquitecto FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA en testimonio rendido, a folio 97, fue interrogado por la apoderada de Seguros Bolívar, así:

"Ha afirmado que en el mes de abril de 2012 **SI99 decide modificar los diseños y establecer que ya la edificación ya no tendría 3 pisos sino 2, ¿es cierto?**". Contestó: "**Sí, sí, sí, así fue**". Preguntado: "¿qué consecuencias tiene eso para una obra?". Contestó: "**pues que es replantear**". Preguntado: "**¿y eso tiene alguna consecuencia temporal, financiera?**" Contestó: "**de todo tipo, parar en la mitad de una ejecución de un proyecto, yo ahorita les mencionaba, las utilidades de una empresa de construcción prácticamente está en lo que se ahorre en lo administrativo y para uno el costo administrativo los días son un taxímetro, hay que tener todo el staff administrativo el personal en oficina, en la obra, unos costos permanentes que se tienen y pues en ese sentido el perjuicio fue inmenso en la toma de esa decisión porque era un replanteo del proyecto**". Preguntado: "¿qué implicaba ese replanteo del proyecto?" Contestó: "resulta que las actividades que se tenían pensadas, actividades me refiero a los espacios que se tenían pensados **dentro del edificio se iban a modificar porque ya lo que estaba pensado que se desarrollara en 3 pisos pues se iba a desarrollar en 2.** De tal manera que hubo que cambiar iba a haber un teatro en el segundo piso y otras actividades en el tercero y en ese momento era para replantear, replantear es prácticamente poner un alto, repensemos otra vez los diseños volvamos con el arquitecto, **pensemos nuevamente todo porque hay que cambiar las fachadas, hay que cambiar la cubierta, hay que cambiar todos los sistemas porque**

405

los espacios iban a cambiar, eso implica prácticamente parar y volver a empezar en un punto en donde se llevaba la estructura bien avanzada" (destaca el Tribunal).

Llama la atención del Tribunal la respuesta que al respecto pronunció el representante legal de la convocada, señor VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, cuando a folio 7 de su declaración de parte, el apoderado de la convocante preguntó: **"¿Quién y cuándo decidió la modificación del proyecto del edificio multipropósito Sofía reduciéndolo de 3 a 2 pisos?"** Contestó: **"No, no sé"** (destaca el Tribunal).

El ingeniero civil, especialista en pavimentos ISMAEL NIÑO RIVERA, a folio 35 declara: **"Cuando yo empecé el primer día que me presentaron que fue un sábado, había una reunión con el arquitecto diseñador del proyecto, había entendido yo que el edificio tenía 3 niveles en su concepción y a partir de ese momento se estaba cambiando a dos niveles, no conocía yo las razones por las cuales se estaba reduciendo un piso en el proyecto"**. Y más adelante aparece: **"yo me dediqué prácticamente a elaborar una serie de presupuestos para presentar un nuevo proyecto de 2 niveles"**. A folio 36 la Presidente del Tribunal preguntó: **"¿usted tuvo conocimiento de algunas dificultades que se hubieren presentado o se ejecutó en forma normal la obra?"**. Contestó: **"cuando yo empiezo a trabajar parte de lo que hago porque lo que tenía en ese momento la empresa constructora PRIME algunos de los planos del modelo de 3 niveles, cuando por alguna razón deciden 'no vamos a hacer el tercer piso y vamos a cambiarlo y a ubicar unos equipos en el segundo nivel', es porque en el tercer piso había unos simuladores se decidió recortar el auditorio, ahí había que generar unos nuevos diseños para ajustarlos porque la parte eléctrica cambia, la estructura también cambia, se elimina el piso de arriba, ya lo que era anteriormente una placa de tercer piso que era un entrepiso, pasa a ser una placa de cubierta, hay que hacerle una distribución de bajantes de aguas lluvias diferente, todo eso quedamos a la espera de que llegara para poderlo terminar"** (destaca el Tribunal).

El arquitecto LUIS MANUEL RODRÍGUEZ DEVIS (diseñador del edificio) en testimonio a folio 14 afirmó: **"hubo muchos cambios permanentemente el auditorio cambiaron la fórmica y eso quedó, realmente el edificio no quedó como estaba diseñado desde el punto de vista estético"**. Y a folio 15, la apoderada de Seguros Bolívar preguntó: **"¿dice usted que la interventoría lo**

506

consultaba para hacer modificaciones o cambios?". Contestó: "no en los comités de obra ella no contaba sino en los comités de obra que eran muy secuenciales, se miraban y decían el porqué de los cambios, pero los cambios ya eran hechos cumplidos". Preguntado: "¿es decir que la interventoría no le consultaba a usted a través de comunicaciones, correos electrónicos sobre comunicaciones o sobre eventuales modificaciones que el contratista solicitaba se le consultaran?". Respondió: "era más directamente, correos electrónicos no en ese momento sale Jazmín Florián y lo coge de SI99 como se llama el del... Alfonso Bernal, entonces Alfonso Bernal directamente me llamaba". Preguntado: "¿pero él lo llamaba para ver si las modificaciones de sus diseños eran procedentes?" Respondió: **"ah sí, con él me senté y miré tiene plata para la fachada, queremos hacer esto, esa vaina se ve asquerosa yo no se lo firmo, entonces lo hicieron, ese tipo de consultas hacían, que yo decía que no y ellos decían que sí" (destaca el Tribunal).**

En email de AIDA CASTAÑEDA enviado a lksaleme el jueves 14 de junio de 2012, 03:51 p.m., advierte:

- "1. El Dr. Alfonso Bernal manifiesta que el Dr. Víctor Martínez aprobó eliminar el 3 piso, con las modificaciones que esto conlleva.**
- 2. Leonardo pregunta si existen planos arquitectónicos de la modificación.**
- 3. El Dr. Alfonso Bernal manifiesta que el contrato de TM se acortó de 3 a 2 pisos. Tratando de buscar eficiencia en todas las área del diseño"** (destaca el Tribunal).

En acta de reunión 022 del 4 de mayo de 2012, en el numeral 5 se lee: **"no se va a realizar tanque para túneles de lavado"** (destaca el Tribunal).

El Tribunal advierte como grave incumplimiento del contrato por parte de SI 99 las decisiones unilaterales que condujeron a cambios sustanciales en el diseño y tamaño de las obras y la permanente y arbitraria interferencia en la ejecución del contrato.

Plazo pactado. Obra al plenario el *otrosí* uno (1) al contrato de obra civil 001 celebrado entre el Sistema Integrado de Transporte SI99 S.A. y Prime LTDA. (*sic*) en el que se lee: "... suscrito entre las partes el día 28 del mes de diciembre de dos mil once (2011), modificando la cláusula segunda que quedará

507

del siguiente tenor: SEGUNDA: DURACION O PLAZO. El plazo para la ejecución del presente contrato iniciará el día de la firma del acta de inicio y terminará el día treinta (30) de junio de dos mil doce (2012). Si por circunstancias previamente revisadas y aprobadas por el interventor y el área coordinadora, se requiere modificar el plazo del contrato, las partes celebrarán un acuerdo adicional conforme a las disposiciones legales vigentes. Las restantes cláusulas del contrato no sufren modificación. Para constancia se firma en la ciudad de Bogotá a los veinte (20) días del mes de abril de dos mil doce (2012)".

Esta es la cláusula de prórroga del contrato que las partes acordaron y que dio lugar a los 60 días adicionales; observa el Tribunal que en realidad se convirtieron en sustitución de las suspensiones unilaterales que ordenó la interventoría; desde luego, los costos fijos se duplican.

2.3. TERCERA OBLIGACIÓN. Liquidar el contrato.

Como referencia de lo ejecutado vale la pena resaltar el testimonio de FRANCISCO ANDRÉS RODRIGUEZ GARCÍA, a folio 20 declaró: "básicamente se encontró lo siguiente: **el contratista ejecutó obras consistentes en la cimentación de la estructura que quedó aproximadamente en un 100% de ejecución, la estructura 70% en concreto reforzado y las instalaciones eléctricas e hidrosanitarias hasta que le fue permitido permanecer en obra**, es decir hasta el 16 de julio de 2012 por parte de la interventoría y el contratante" (destaca el Tribunal).

En interrogatorio de parte formulado en audiencia del 22 de octubre de 2014, a la administradora de empresas MARTHA LILIANA RODRÍGUEZ MOTTA, a folio 54 la Presidente del Tribunal preguntó: "También quisiera saber si nos pudiera informar alguna apreciación, **el porqué no se ha realizado aún hoy la liquidación del contrato pactada en la cláusula decimosegunda**". Contestó: "**nosotros intentamos llegar como a varios acuerdos con el Doctor Alfonso Bernal, él tuvo varios acercamientos con nosotros, intentamos firmar acta de liquidación varias veces pero siempre como que surgía algo nuevo, algo nuevo, algo nuevo, entonces dijimos, no más, entonces ya como que el último acercamiento fue, como que llegamos a la sesión, bueno esto se tiene que ir a que lo decidan los tribunales porque definitivamente no pudimos entre nosotros**, pero si hubo muchos acercamientos, varias reuniones pero no pudimos llegar a un acuerdo" (destaca el Tribunal).

508

La interventora AIDA CASTAÑEDA AVELLANEDA a folio 46 de su testimonio fue interrogada por el apoderado de la convocada, así: "mencionó en varias oportunidades sobre una liquidación de mutuo acuerdo la cual no se pudo realizar". Contestó: "no terminó, sí". Preguntado: "por favor informe a esta audiencia cuántas veces se ratificó la misma y porqué fue la razón que no se concluyeron". Contestó: **"a mí me pasaron como 3, creo que no se llegaron a acuerdo a las pretensiones económicas frente a la liquidación de común acuerdo, digamos que se solicitaba reconocimiento de mayor acero, de valores de concreto, de mano de obra, y lo que le digo, las comunicaciones en una pedían una cosa, en otra pedían otra, al final pedían más, después pedían, no eran consecuentes, entonces digamos que no había manera de comprobar que eso que ellos estaban solicitando era lo que se debía reconocer, entonces no llegaron a acuerdo"**. Preguntó la Presidente: "perdón, el Doctor Muñoz preguntó cuántas veces se proyectó eso" Contestó: **"A mí me llegaron 2 o 3 liquidaciones por correo para revisión"** (destaca el Tribunal).

A folios 14 y 15 de la misma diligencia aparece que el apoderado de la convocante formuló la pregunta 17 así: "si es cierto como se ha afirmado que Prime incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales entonces ¿por qué razón SI99 a través de su representante legal emitió la comunicación fechada el 31 de mayo de 2012 dirigida a Seguros Bolívar en la que se indica que el proyecto se desarrolla conforme al *otros?*, esa comunicación solicito se le ponga de presente, obra en el cuaderno de pruebas número 4 folio. DR. MAYORCA: "se le pone de presente al interrogado la comunicación de fecha 31 de mayo de 2012". Contestó: "Sí, básicamente lo que yo entiendo es que **dada la manera demorada y accidentada como se ejecutó el contrato nosotros siempre estuvimos como SI99 fue la pauta que yo dicté, prestos a ayudar diligentemente a resolver los obstáculos que se presentaran, cuando ya no lo logramos lo que buscamos fue una terminación del contrato por mutuo acuerdo** y a mi entender en esta época habíamos logrado hacer una terminación del contrato por mutuo acuerdo pero luego vino una demanda de Prime, esto es una respuesta a la demanda de Prime" (destaca el Tribunal).

Folio 47 preguntó el apoderado de la convocada (a la interventora): "mencionó que nunca se pudo llegar a ese tema de la liquidación ¿existe documentación o evidencia que soporte que nunca se pudo llegar a ese acuerdo?" Respondió: "no, yo no tengo ningún documento, **se pasaban proyectos de liquidación**

509

por parte de Prime se las pasaban al doctor Alfonso, el doctor Alfonso me las pasaba a mí a revisar y yo varias veces le dije que no, que para mí no eran viables" (destaca el Tribunal).

2.4. OTRAS OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE.

El contratista invocó en la demanda y dio respuesta en la reconvención acerca de las obligaciones del contratante que fueron incumplidas y precisamente serían causa para las fallas, inconvenientes y retardos que constituían incumplimiento, su afirmación causado por las conductas contrarias a la buena fe y a la ausencia de cooperación constructiva de parte de este y la interventoría en cuyo nombre actuaba, la enumeración incluye aspectos soportados con pruebas que se transcribieron atrás desde exigencias en la modificación de pólizas; cambio de modalidad en la contratación de personal no pactado en el contrato; impedir el acceso de personal en repetidas oportunidades al lugar de trabajo (lo que se ha denominado las suspensiones); imposición de condiciones y procedimientos para el giro de cheques; desembolso tardío del anticipo; ausencia, errores, indefinición y falta de revisión adecuada de los planos y diseños; permanente obstrucción por la interventoría con interferencia en cronogramas; exigencias al personal como turnos de trabajo, y curso de alturas; ausencia de respuesta a requerimientos para resolver por la interventoría; dilación y demora en el diligenciamiento de actas y la suscripción de las mismas. Además de desequilibrio financiero razones todas que las propuso como consecuencia para las dificultades en el desarrollo del contrato y su cumplimiento en tiempo y costos como estaba previsto.

El aspecto de los incumplimientos del contratante que tendrá consecuencia en la decisión final de este Tribunal, y que generó efectos en las responsabilidades a cargo de Prime para el cabal cumplimiento de las obligaciones que a continuación se analiza. Este Tribunal las tendrá en cuenta al momento de proferir las condenas porque algunas resultan ser causa de las fallas y retardo en el cumplimiento del contrato por parte de SI 99.

2.5. DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO POR PARTE DE PRIME.

En primer término, debe tener presente el Tribunal cuáles fueron las obligaciones pactadas en el contrato a cargo del contratista.

Obligaciones del contratista. La cláusula tercera del contrato taxativamente estipuló las obligaciones del contratista, así:

- "1. Poner toda su capacidad profesional y experiencia, en forma eficiente y oportuna, hasta la culminación de la labor encomendada, contratar todo el personal, calificado o no, requerido para la ejecución del presente contrato.
2. Dar estricto cumplimiento al cronograma de obra.
3. Será de cargo del CONTRATISTA la adquisición, transporte, importación si fuere el caso, montaje, utilización, reparación, conservación y mantenimiento de todas las máquinas, equipos, herramientas, repuestos, materiales y demás elementos necesarios para la realización de las obras objeto del presente contrato. Cumpliendo las normas de seguridad y procedimientos establecidos en la propuesta. Solo pueden ser adquiridos en sitios o plantas que cumplan con las normas ambientales y mineras vigentes.
4. La adquisición de los materiales requeridos y el pago de los servicios de disposición de escombros será por cuenta del CONTRATISTA, para la realización del pago final será necesaria la presentación del certificado de las escombreras.
EL CONTRATISTA deberá cubrir los costos de acarreo a las escombreras autorizadas.
5. Guardar reserva de la información que pueda tener de o por ocasión del contrato.
6. Presentar mensualmente al CONTRATANTE, un informe escrito de su gestión y las recomendaciones que estime convenientes para el normal desarrollo y ejecución del proyecto.
7. Cumplir con sus obligaciones de afiliación al sistema de salud y pensiones de todos sus empleados o dependientes y sus propias afiliaciones al sistema.
8. Verificar todas las especificaciones, medidas y ser responsable por cualquier error en la ejecución de las obras.
9. Mantener al frente de los trabajos todos los recursos necesarios para el normal y completo desarrollo del objeto contractual y tener disponible y emplear en la ejecución de las obras el personal requerido para la cumplida ejecución del contrato. Si durante la ejecución del contrato se requiere el cambio de algunos de los profesionales, deberá reemplazarse por otro de igual o de mayor calidad técnica o profesional, previamente aprobado por el CONTRATANTE.

10. Contratar a su juicio todo el personal de trabajo necesario para la ejecución normal de las obras, pagar los salarios, prestaciones sociales, aportes parafiscales, seguros contra accidentes y todas las indemnizaciones a que haya lugar de los trabajadores a su cargo y verificar el cumplimiento de las mismas con empresas con las que contrate para el cumplimiento de su labor.
11. Suministrar al CONTRATANTE, cuando este lo solicite, informes sobre cualquier aspecto de la obra, toda vez que la coordinación, vigilancia de la ejecución y cumplimiento de la obra y el contrato será ejercida por este o su interventoría delegada, debiendo el CONTRATISTA acatar todas las recomendaciones, sugerencias, modificaciones y demás solicitudes pertinentes efectuadas por la interventoría, para ese acto, de manera inmediata.
12. Realizar las pruebas tendientes a evaluar la calidad de los materiales que utilice para el desarrollo de la obra los cuales se encuentran contemplados dentro del precio de la obra a realizar estipulado en la cláusula cuarta de este documento.
13. Propender por la correcta aplicación de las normas de seguridad industrial para con los trabajadores y las normas de salubridad en desarrollo del contrato.
14. Realizar los replanteos, chequeos, verificaciones de medidas, y nivelaciones necesarias.
15. Proveer la adecuada dirección y administración de las obras.
16. Responder por los daños que cause por hechos que le sean imputables.
17. Presentar mensualmente la autoliquidación de aportes y pagos de su personal de acuerdo a los requisitos de ley.
18. Cumplir con las demás obligaciones derivadas del clausulado del presente contrato”.

2.5.1. Cronograma. En la evaluación de las dos propuestas presentadas en respuesta a la convocatoria: invitación privada 002 de 2011, aparece que **PRIME “no entregó el cronograma”**. Sin embargo, en acta del Comité 3 del miércoles 11 de enero de 2012 se lee: **“Atraso en el cronograma por lluvia y ajuste de diseños”**, más adelante aparece lo siguiente en acta de reunión 013 del 24 de febrero de 2012 obra: **“no se acepta reprogramación del cronograma entregado, se solicita revisión”** (destaca el Tribunal).

SIL

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

En acta de reunión 014 del 1 de marzo de 2012, numeral 9 se consignó: **"se hace énfasis en que el cronograma no es aceptado, no se observa la implementación de lo solicitado de 24 horas para recuperar tiempo"** (destaca el Tribunal).

En oficio del 21 de marzo de 2012, suscrito por JAZMINE FLORIAN en el numeral 8 aparece: **"en cuanto al cronograma es importante informar que se sigue observando un atraso superior al 22.4%",** situación que debe corregir PRIME como estricto cumplimiento del objeto del contrato 001 suscrito con SI99, que en el parágrafo 2 del artículo primero reza: "las obras se ejecutarán de acuerdo con lo establecido en el cronograma de obra, que hará parte integral del contrato. En todo caso cualquier modificación a los plazos de este contrato debe ser autorizada previamente y por escrito por el contratante." Y en la cláusula tercera sobre las obligaciones dispone en el numeral segundo: "dar estricto cumplimiento al cronograma de obra" (destaca el Tribunal).

En documento elaborado por la interventora AIDA CASTAÑEDA, con fecha 30 de abril de 2012, respecto a cronograma, consigna: **"a continuación se evidencia el atraso del 24.12%** de la obra en que está incurriendo el contratista, pues: el contratista presenta al contratante mediante documento, una reprogramación de 43 días contados a partir del día treinta (30) de abril de 2012, lo que refleja que PRIME LTDA (*sic*) no está presentando un plan de acción para resarcir el atraso, sino está corriendo el cronograma de fecha unilateralmente, según el atraso que presenta actualmente, lo anterior es manifestado por el señor Fredy Maya (PRIME), en comité técnico del día 1 de marzo. El incumplimiento se ha reportado desde el 8 de febrero de 2012 y ha sido manifestado el tema en los comités técnicos" (destaca el Tribunal).

En testimonio rendido por el arquitecto FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA el 14 de octubre de 2014, a folio 88 fue interrogado por el apoderado de la convocada **"¿Prime cumplió a cabalidad con el cronograma de la obra?"**. Contestó: **"No señor"**. Y más adelante aclara: **"Sí pero es que lo que pasa fue tan clara como que cumplió o no cumplió, pero hay que ver por qué no cumplió, si usted me pregunta por qué no cumplió le puedo decir que hubo diversas razones por las cuales no pudo cumplir, y se me pregunta las razones a quien fueron atribuibles también le puedo contestar que no fueron de Prime, así que era un pequeño comentario que tenía que hacer"** (destaca el Tribunal).

513

El accidente por retiro de cárcamo, que causó la muerte del trabajador fue uno de los aspectos que principalmente ocupó la actuación en el proceso por parte de SI 99 responsabilizando a Prime S.A.S. de incumplimiento del contrato, o sea, el lamentable hecho ocurrido, en el momento en que estaban excavando con maquinaria para romper la placa, cuando se produjo caída del elemento sobre el cuerpo del trabajador César Augusto Arrieta Olivera. Este accidente ocurrido el 16 de enero de 2012, una vez al parecer, habían concluido labores de la jornada ordinaria y el trabajador bajó al foso que estaba siendo obstruido por el cárcamo; así lo relató Javier Castiblanco, forense citado por SI 99 quien se hizo presente en la excavación donde ocurrió el accidente; en su momento presentó informe escrito donde afirma que "... había placa fracturada de cemento por dilatación de la madera... que en la vibración se cayó"; consecuencia del desplazamiento del elemento, causando heridas graves al trabajador, lo cual dio lugar al inmediato traslado a centro médico (en el segundo de ellos), no pudieron impedir, resultado de las heridas recibidas, la pérdida de la vida.

En el testimonio ya citado de JAVIER CASTILBLANCO BELTRAN, audiencia realizada el 13 de noviembre de 2014, a folio 4 declaró: "Yo cómo encontré esa placa, ahí está, ¿cómo encontré ese pedazo de madera? Ahí estaba, está documentado fotográficamente en el informe, la placa tenía aquí 25 centímetros y el ancho, la altura de este pedazo de madera era de 15, 16 centímetros si no estoy mal, entonces aquí solamente había como 9, 10 centímetros que lo sostenía, entonces aquí podía cruzar cualquier vehículo, generar una pequeña vibración y es vibración obviamente como una lámina si uno pasa aquí vibra y como el concreto es rígido entonces se fractura, eso fue lo que yo encontré". Y más adelante dijo: **"¿cuál fue la causa eficiente? Hubo varias. El transitar de vehículos por acá"**. A folio 21 la Dra. GONZALEZ preguntó: "¿esa placa correspondía a qué? ¿a una vía? ¿a un patio?". Contestó: **"A una zona por donde transitaban vehículos"**. Preguntado: **"¿o sea que esa construcción diríamos que estaba disfrazando un riesgo alto al desplazar vehículos de peso importante?"** Contestó: **"claro, si se hubiera dejado como vía con el tiempo por acá se hubiera fracturado y se hubiera hundido en forma de V** porque no había digamos una zona que la amarrara y la mantuviera firme" (destaca el Tribunal).

Ello generó reclamo de SI 99, ya que la afiliación del trabajador a la aseguradora de riesgos profesionales ARP y la iniciación de su primera jornada laboral tuvo lugar sin haber transcurrido las 24 horas exigidas para

hacer efectiva la cobertura. Como se analizará, **una de las consecuencias de este accidente fue la suspensión de trabajos durante 9 días** alegando la parte contratante la necesidad de exigir al contratista el cambio de modalidad que estaba operando bajo la figura de subcontratación donde un tercero se hacía cargo del grupo de personas que colaboraban en determinada labor especializada, modalidad que si bien no aparecía expresamente autorizada en el pliego de condiciones ni en el contrato mismo, tampoco estaba prohibida, y **en particular las partes conocieron con anterioridad que se estaría operando bajo esta modalidad**. De otro lado, la responsabilidad de verificar las afiliaciones y el lleno de los requisitos para cumplir la jornada laboral, si bien estaba a cargo de Prime, **la autorización final para ingresar a la obra quedó a cargo de la interventoría**, en nombre del contratante, y de hecho, el control de acceso al lugar de trabajo se regía bajo esta modalidad de verificación previa impartida por la interventoría, con lo cual, aprecia el Tribunal, **tanto el trabajador y el contratista que no esperaron prudentemente las 12 horas restantes** (para completar las 24 exigidas por el reglamento de afiliación), **como la parte a la que le correspondía verificar estas condiciones, SI 99 (por conducto de la interventoría)**, hicieron caso omiso de esta limitación sin haber transcurrido el tiempo necesario para hacerla efectiva.

Sobre el lamentable accidente que causó muerte del trabajador, el Tribunal advierte que si bien es cierto el doloroso episodio que dio lugar a la suspensión de todas las actividades del contratista, tenía justificación por corto tiempo, de algún día para acompañar el duelo familiar, incluso con presencia de empleadores y compañeros de trabajo, la prolongación de la suspensión por tiempo mayor en contrato de tan corta duración, no se compadeció con las obligaciones que apremiaban continuidad y celeridad en el trabajo para cumplir con la meta de los 120 días acordados en el contrato.

A folio 4 la interventora CASTAÑEDA AVELLANEDA dijo: **"iniciamos con un proceso, con un traspié que fue el accidente ocurrido por ocasión del desplome de una placa de la vía**, de la placa del cárcamo que ocasiona el fallecimiento de una persona entonces ya empezamos ahí como con un proceso más difícil de manejar porque empezamos a encontrar una serie de situaciones que necesitábamos normalizarlas para poder continuar" (destaca el Tribunal). A folio 45, siendo interrogada la interventora por el apoderado de la convocada, dice: "¿la excavación que se adelantaba se hizo correctamente?" manifestó la interventora: **"No, la excavación, ellos tenían que haber demolido**

SIS

primero la placa y después la excavación, si se iba a sobre excavar debían haber generado un correcto apuntalamiento y ninguna de las dos cosas se dio, ni en la que falleció el señor ni en la siguiente que fue cuando se decidió para la siguiente excavación, les dije, 'hasta que no normalicen eso no continúan'" (destaca el Tribunal).

Folio 28, pregunta el apoderado de la convocante: "y desde el 17 de enero, día siguiente al del accidente, ¿quién tomó la decisión de impedir el acceso de personal de la obra?". Respondió: "la orden no se de quien viene **pero ya no se les permitía el acceso al patio**" preguntado: "¿La orden la dio usted?". Respondió: "No, no yo no, no di la orden de suspender de no entrar al patio, no, no tengo esa potestad, **el patio lo maneja SI 99 y ellos autorizan o no autorizan el ingreso a las personas**" (destaca el Tribunal).

2.5.2. Contratación del personal

Vinculación de Profesional en HSEQ (salud-seguridad industrial, seguridad ambiental y gestión de calidad). JAZMINE FLORIAN en el precitado folio 14 habiendo preguntado el abogado de Prime: "¿recuerda si a lo largo de la ejecución de la obras Prime **vinculó más profesionales para dar solución a impases que se venían presentado** con los cronogramas de obra?". Contestó, "No, **la persona de HCQ (sic) que como les digo no estaba inicialmente en los pliegos pero estuvo contratada desde el inicio**, el director y el residente, además de la persona de HCQ (sic) no recuerdo más personas" (destaca el Tribunal).

En cuaderno de pruebas 4-1, obra oficio de interventoría de 17 de enero de 2012 dirigido a SI99 -Jazmine Florián- cuya referencia es informe accidente 16 de enero de 2012 y aparece: "la interventoría solicita a la firma PRIME la presencia de residente HSE, desde el inicio de actividades".

A folio 055 del 18 de enero de 2012 el representante legal de Prime en oficio dirigido a SI 99 manifiesta: "la interventoría con el fin de garantizar un mayor control y monitoreo de los temas de seguridad y salud ocupacional, **nos solicitó cambiar un inspector de obra por un inspector de HSE** cargo que ha venido siendo ejercido por el señor DEYVY YOVANY ROJAS RICARDO y cuya hoja de vida fue presentada en su debido momento para estudio y aprobación de la firma interventora" (destaca el Tribunal).

516

En el testimonio de AIDA CASTAÑEDA, folio 5 puede leerse:

"SI dijo que no había problema de que se hiciera así, opero a raíz del accidente y de las circunstancias y de que el señor no estaba debidamente afiliado y que no había respuesta de la ARP entonces empezaron a decirle, no, vamos a normalizar esto y los van a contratar ustedes directamente" (destaca el Tribunal).

Sin embargo, a folio 44 pregunta el apoderado de la parte convocada:

"¿Y contractualmente, teniendo el contrato suscrito entre SI99 y Prime a cargo de quien estaba esta obligación?" Contestó: **"Ellos podían subcontratar, ellos podían hacer una subcontratación"** (destaca el Tribunal).

A folio 8 del testimonio de JAZMINE FLORIÁN, aparece:

"el personal se estaba contratando a través de una cooperativa y **a través de un subcontratista de Prime a lo cual se solicitó a Prime que se corrigiera de alguna manera esta situación** porque el personal estaba contemplado que estuviese contratado **directamente** por ellos, entonces ahí hubo un tiempo en el cual se tuvo que ajustar a que las personas las contrataran ellos **directamente** se diera cumplimiento a ese requisito" (destaca el Tribunal).

En otra comunicación también dirigida a Prime y de la misma fecha la señora JAZMINE FLORIAN manifiesta: "de acuerdo a lo informado por la interventoría, se nos comunica que en visita de campo realizada el día viernes 2 de marzo de 2012 a las 8:32 a.m., a la obra de construcción de la Estación Sophia en el patio de Usme, **no se encuentra el personal mínimo requerido para la ejecución de la misma**, lo anterior con el 4.7.1 de los pliegos de condiciones. Tampoco, no fue posible establecer comunicación vía telefónica con el director de obra, y en el sitio de trabajo hoy hasta las 15:00 horas no hicieron presencia ni el residente ni el maestro de obra". En acta de reunión 016 del 14 de marzo de 2012, en el numeral 7 aparece: **"Abel es fundamental para el proyecto**, manifiesta la Dra. Jazmine Florián e indica que **ha colaborado mucho en la toma ágil de decisiones en la obra**, que redundo en beneficio del proyecto- **PRIME manifiesta que esta fue una de las decisiones que tomó sin**

importar el costo para el Ingeniero Residente en aras de mejorar las condiciones de ejecución" (destaca el Tribunal).

En la misma reunión del 14 de marzo de 2012, en el numeral 25 se lee: "director de obra el 30% SI99 tendrá la potestad de aceptar o no la figura planteada por PRIME, que el director no asistirá a la obra".

En *email* del 21 de marzo de 2012 de la arquitecta ANA MARÍA VEGA RUÍZ, arquitecta de la firma DIACO, proveedora de hierro, se lee: "ayer, a primera hora de la mañana llamé a la Sra. MARTHA RODRÍGUEZ de PRIME para decirme que **por inconvenientes en la obra no tenían personal para recibir el pedido**" (destaca el Tribunal). En Acta de reunión 020 del 18 de abril de 2012, en el numeral 4 aparece: "**Abel ha incumplido compromisos desde hace 15 días** y PRIME manifiesta que ante lo lógico no discuten, por ende se evidencia que Abel necesita apoyo" (destaca el Tribunal).

En acta de reunión 021, del 26 de abril de 2012, en el numeral 3 se consignó: "**Ingreso del arquitecto MANUEL MAYORGA como apoyo a Abel, como apoyo para el ingeniero Abel**" (destaca el Tribunal).

En cuaderno de pruebas 4-1 a folio 48, aparece comunicación de enero 28 de 2012, del representante legal de Prime, dirigida al contratante, así: "**el proceder de Prime ha estado en un todo apegado tanto a la ley como a los términos de referencia y del contrato referido, específicamente en punto de la contratación del personal que labore en la obra** y más aún de los subcontratistas a quienes se acude para ejecutar los trabajos. Sin embargo, y **en aras de seguir mostrando nuestra voluntad de ejecutar el contrato, y con el fin de que nos den vía libre para poder ingresar a los patios, Prime tendrá por el momento personal contratado directamente para atender de manera urgente las obras específicas de que hemos hablado**" (resalta el Tribunal).

Observa el Tribunal que también hubo episodios de inconvenientes con el personal de Prime, incluso con los apoyos para cumplir las tareas con incorporación de personal adicional no previsto en el contrato buscando mayor eficacia.

2.5.3. Contratar todo el personal. Tal como ya se referenció anteriormente, el oficio del 17 de enero de 2012, **la interventoría "solicita a la firma**

518

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

PRIME la presencia del residente HSE, desde el inicio de actividades” (destaca el Tribunal). Esta exigencia no aparece en los términos de referencia ni en el contrato.

En acta de reunión 009 del 1 de febrero de 2012 aparece, “se solicita completar el personal mínimo requerido según pliego de condiciones: Director de obra: Conseguir un nuevo director antes de la próxima semana”. En acta de reunión del 7 de febrero de 2012 la interventoría evidencia “ausencia del Director de obra, el cual es un requisito definido en los pliegos”. El 8 de febrero de 2012, en acta de reunión 10, aparece al numeral 23: “Director de obra se enviarán hojas de vida el día 10 de febrero” En la misma acta en el numeral 1: “Se solicita hoja de vida del gerente administrativo y operativo”. En acta de reunión 11, del 15 de febrero de 2012 al numeral 9 se lee: “el ingeniero MANUEL ROZO toma vocería en el tema, pregunta por la persona encargada MARÍA FERNANDA GAITÁN, PRIME informa que esta persona fue cambiada, pues no podía realizar el trabajo, se enviará hoja de vida de DIANA CAROLINA RAMOS”.

En la precitada reunión 11, en el numeral 24 se consignó: **“PRIME informa referente al tema del Director de obra, que la propuesta ya fue enviada y que no enviarán otras, que se revise la posibilidad de aceptar estos perfiles.** Se ratifican en la misma de acuerdo con los pliegos del contrato, solicitan que se revise la posibilidad de aceptar este profesional, la interventoría manifiesta que estas hojas de vida pertenecen a un arquitecto sin experiencia como Director, y el otro ingeniero se solicitó aclaración frente a la experiencia, porque solo referencian topografía, sin embargo, **la ingeniera Alexandra Rodríguez es la Directora en este momento y seguirá acompañando el proceso,** también se expone que la ingeniera Alexandra no tiene el tiempo para disponer a este proyecto y que hasta la fecha **no ha cumplido con el 30% mínimo”** (destaca el Tribunal).

Las anteriores transcripciones reflejan la voluntad del contratista para cumplir con esta exigencia, pues asume desde el inicio de actividades la presencia y pago de residente HSE **sin haberse contemplado en los términos de referencia ni en el contrato.** En cuanto al Director de obra, el 1 de febrero la contratante **pide cambio con plazo “antes de una semana”,** resulta exigencia perentoria que refleja el manejo unilateral por parte de la contratante en el desarrollo del contrato.

2.5.3. Desequilibrio Económico.

El convocante ha planteado desequilibrio económico financiero "por los cambios unilaterales e inconsultos en las condiciones", advirtiendo que adicionalmente la imposibilidad de la ejecución completa del contrato sería un factor y que como consecuencia de lo anterior debería restituirse el equilibrio con sumas de dinero que adelante el Tribunal resolverá acerca de su cancelación.

Sin embargo, otra cuestión distinta se generó a causa de que gastos realizados por Prime, los cuales en algunos casos no fueron registrados por el contratante y de que sumas inicialmente previstas estuvieron en niveles muy altos, a causa de la variación de precios en particular en materia de hierro y cemento.

Se entiende que el cálculo de precios unitarios se ajustó a lo finalmente convenido en el contrato pues se alcanzó a generar variaciones por la disminución de las obras, y el denominado desequilibrio económico, reclamo de Prime no llegó a concretarse; no obstante lo anterior, es cierto que SI 99 no canceló la totalidad de los gastos en que incurrió el contratista para el cumplimiento del contrato, razón por la cual deberá hacerlo por efecto de la condena que profiere este Tribunal.

2.5.5. El equilibrio contractual existen fundamentalmente dos criterios para definir el equilibrio contractual. Uno de ellos de carácter subjetivo, es el de la equivalencia de las prestaciones a cargo de cada una de las partes, es decir, de la igualdad de valor entre dos cosas. Se trata de aplicar la justicia conmutativa a las relaciones entre individuos, o lo que es lo mismo, al intercambio entre ellos, de donde resultan equilibradas las cargas que cada contratante asume, es decir, el objeto recibido y la prestación ejecutada².

Evidentemente, la noción de valor sobre la cual se construye el equilibrio es diferente para cada quien, toda vez que depende de factores tales como la cantidad de trabajo necesaria para producir el bien, la utilidad del mismo, su escasez o abundancia y el deseo de adquirirlo, entre muchos otros³.

El segundo criterio, de carácter objetivo, es el de la creación óptima de riqueza, conforme al cual el contrato es el medio para lograr dicha creación. El acuerdo de voluntades estaría objetivamente equilibrado si al menos una de las partes incrementa su riqueza sin que se altere la situación de la otra. Habría en este

² FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre Contractuel*, L.G.D.J., 2002. París, pg. 200-202.

³ FIN-LANGER, Laurence, Obra citada pg.202

520

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

caso, incremento en la riqueza global del contrato en la medida en que para una parte hay enriquecimiento, sin que para la otra, haya detrimento⁴.

Descansa pues, este criterio, sobre análisis económico, que se traduce en por la concepción objetiva del equilibrio contractual. De conformidad con lo anterior, el contrato tiene dinámica propia, que exige adaptarlo cuando a través del mismo no se realice el óptimo inicial de creación de riqueza, o lo que es igual, desde que se haga manifiesto desequilibrio⁵.

Desde este punto de vista, el desequilibrio se presenta, entre otras cosas, cuando la situación de una de las partes se altera de manera grave, bien por causa de hecho imprevisible, bien por la modificación de las circunstancias económicas⁶.

Incluso, sectores de la Doctrina sostienen que el cambio en la situación de uno de los contratantes, da lugar a desequilibrio del contrato, cuando, por ejemplo, no puede hacer frente a sus obligaciones.

Doctrinalmente no puede hablarse hoy día, de la prevalencia de un criterio sobre otro, sino de su aplicación conjunta, en virtud de la cual el equilibrio contractual se manifiesta cuando desde el punto de vista cuantitativo, hay reciprocidad, o conmutatividad en las prestaciones a cargo de las partes y desde el punto de vista cualitativo, cuando hay equivalencia o proporcionalidad entre el conjunto de prestaciones del contrato⁷.

Otro aspecto que resulta útil determinar es el del momento en el cual puede presentarse rompimiento del equilibrio contractual. Ello puede acontecer al tiempo de la celebración del contrato, si las prestaciones fueron desiguales desde la formación del vínculo. También puede manifestarse durante la ejecución del acuerdo de voluntades, cuando las prestaciones, no obstante haber nacido iguales al momento de formación, perdieron esa condición en momento posterior.

El desequilibrio sobreviniente puede, a su turno, originarse en circunstancias ajenas o extrañas a las partes.

⁴ FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre Contractuel*, L.G.D.J., 2002. París, pg. 203

⁵ FIN-LANGER, Laurence, Obra citada pg. 203-204

⁶ FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre Contractuel*, L.G.D.J., 2002. París, pg. 203-204

⁷ FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre Contractuel* L.G.D.J., 2002, París, pg. 238

Cuando las cargas se encuentran descompensadas desde el nacimiento del contrato, se presenta la llamada lesión pues "los imperativos de la justicia conmutativa no fueron respetados al momento de la celebración del contrato, o mejor, en el momento de la determinación del contenido de las obligaciones creadas por dicho contrato"⁸.

Ahora bien, si se llegase a presentar circunstancias imprevisibles y extraordinarias ajenas a las partes, es preciso distinguir: Cuando los efectos de las mismas son de carácter permanente, se hace imposible la ejecución del contrato y por ende, dada su naturaleza, constituyen fuerza mayor o caso fortuito; pero si las circunstancias son de carácter temporal, no resulta imposible la ejecución del contrato, sino que se altera el equilibrio contractual concebido por los contratantes. "Es una carga para el deudor que crea una falta de equivalencia entre sus prestaciones y las de su acreedor para con él"⁹.

Es así como, el contratista que pretenda la vigencia de la ruptura del equilibrio económico o su restablecimiento, no le basta probar que se han modificado determinados indicadores de precios o costos.

En el proceso que se ventila, el contratista Prime, luego de atender unos términos de referencia en forma voluntaria, decidió asumir determinados riesgos y obligaciones, que de conformidad con la ley lo hacen el destinatario de las cargas y gravámenes que sus actos propios le comportan y no es de recibo por tanto, negar que no le corresponden a él, sino a la contratante SI99.

En casos en los que se ha ejecutado la obra (total o parcialmente), como es el presente, se debe demostrar efectivamente en forma concreta que se sufrió menoscabo económico comparado con la situación que se tenía al momento de hacer la oferta y posteriormente suscribir el contrato; esta situación no se probó total, plena y absolutamente o sea el menoscabo económico.

Los precios unitarios se han definido como aquellos que presentan los proponentes en pesos de la fecha de presentación de la propuesta e incluyen las actividades, insumos, materiales, mano de obra, equipos, herramientas, transporte y demás costos necesarios para realizar la ejecución completa de

⁸ LARROUMET Christian, *Teoría General del Contrato*, volumen I, Editorial TEMIS, Bogotá, 1999, pg. 313.

⁹ LARROUMET Christian, obra citada, pg. 329

522

cada *ítem* Se entiende que fue el propio proponente quien valoró tales elementos y también en particular, realizó los cálculos asociados con la fecha en que finalmente se celebró el contrato, la cual fue en víspera de la terminación del año, y si bien es cierto hubieran podido para esas calendas haberse comprometido precios menores de algunos *ítems*, al no haberse firmado el contrato en la fecha en que tuvo lugar o sea 28 de diciembre, pues era imposible cerrar la operación, al menos que se hubiera contado con el anticipo, tales reajustes de los precios para el siguiente año han debido quedar consignados en el contrato al momento de definir los precios unitarios.

En resumen los precios unitarios que presentó Prime, sin reajustes para el siguiente año, finalmente no pudieron alcanzarse por las circunstancias conocidas no solo de no haber obtenido el recaudo del anticipo según se dijo atrás, si no que el contrato finalmente se demoró prácticamente 20 días más para su firma (a final de año) y ese sería el momento oportuno para haber reclamado los ajustes correspondientes, cambiando los precios unitarios a fin de impedir desequilibrio inicial del contrato.

En el caso que ocupa a este Tribunal, el reconocimiento de sobrecostos se debe no al desequilibrio contractual, el cual no fue demostrado, debido al no pago, si no mejor al pago extemporáneo, del anticipo como adelante se determinará, y habrá de decretarse, para reparación del daño por incumplimiento del contrato a cargo de SI99 de no haber cancelado oportunamente los dineros para adquisición de los insumos que se habían calculado, a precios unitarios en fechas que no tuvieron lugar.

2.6.Excepción de la contestación de la demanda.

"Carencia del demandante del derecho a demandar". Considera el apoderado de la convocada que no le asiste a la actora derecho a demandar lo pretendido, porque incumplió primero, y porque la convocada para proteger sus intereses desplegó "mecanismos de defensa que la contratante se vio obligada a utilizar para proteger sus intereses..."

El Tribunal ha valorado las pruebas arrimadas al proceso y encontró que por el contrario le asiste razón y fundamento al convocante para adelantar la acción y el Tribunal hará las correspondientes condenas en atención al incumplimiento por parte de SI 99.

523

Está excepción esta llamada al fracaso, como quiera que, tal cual quedó consignado *in extenso* con anterioridad, según varias citas jurisprudenciales y doctrinales efectuadas, es labor del juzgador determinar si el incumplimiento del deudor es o no justificado, desde luego que si, por causas extrañas a este, como, además de la fuerza mayor y el caso fortuito, en la inejecución de los compromisos ha intervenido de manera decisiva la conducta del otro contratante, no puede invocarse exitosamente este medio de defensa.

Por consiguiente si en este proceso fueron los comportamientos del contratante SI99 los que dieron lugar a los hechos aludidos precedentemente, ha de seguirse, la doctrina transcrita con antelación, que tal conducta "produce sus efectos liberatorios aun cuando haya sido acompañada de culpa por parte del deudor".

B. La Demanda de reconvención.

Como quedó indicado en los antecedentes de este laudo, en la demanda de reconvención se solicitó, previa declaración de la existencia del contrato civil de obra 001, y de otrosí, los días 28 de diciembre de 2011 y 20 de abril de 2012, respectivamente, declarar su celebración y el incumplimiento de éstos de varias obligaciones contenidas en las cláusulas, señalados en dicho libelo, tendiente a que consecuentemente se dispusiera su terminación con la consiguiente condena al pago de los perjuicios causados, por los conceptos de daño emergente y lucro cesante, amén de los respectivos intereses, la cláusula penal y las multas.

Y como también quedó extractado al historiarse el litigio, la reconvenida, además de las excepciones propuestas, le endilgó a la reconviniente el incumplimiento de los acuerdos negociales.

1.-"incumplimientos de Prime", 4.7 "falta a su deber de adquirir pólizas".

A folio 32 se lee: "no sé si fue en marzo o fue en mayo **pero una vez se suspendió porque no tenían cubrimiento las pólizas**" (destaca el Tribunal). Cuestión que no aparece probada, en cambio sí observa el Tribunal que obran al plenario copias de pólizas expedidas por Seguros Comerciales Bolívar el 12 de enero de 2012, amparando manejo del anticipo, cumplimiento,

estabilidad de la obra, calidad del servicio, salarios y prestaciones sociales; también aparecen en el acervo probatorio copias de las prórrogas de las anteriores expedidas el 1 de junio de 2012.

En cuanto a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, esta compañía expidió la póliza CUO19633, para avalar la seriedad de la oferta con vigencia desde el 5 de diciembre de 2011 hasta el 30 de abril de 2012. La expedición del documento suscrito el 30 de abril de 2012 certificando que el contrato se encontraba en ejecución, sin reclamación, exoneran plenamente a la aseguradora de cualquier exigibilidad, ya que cubría exclusivamente la seriedad de la oferta, hasta el 31 de mayo de 2012.

2. Incumplimientos. 4.8 "no observó las especificaciones técnicas para la calidad de materiales".

Folio 7 (testimonio de María Alexandra Rodríguez): "entonces **empezaron una serie como de choques en ese sentido con la interventoría y Prime**".

Folio 8: "**los materiales no cumplían con las especificaciones** solicitadas por los diseñadores", y más adelante agrega, "ojo que ese material no es el adecuado" (destaca el Tribunal).

Demuestra lo anterior que la forma como la interventoría modificaba competencias por ejemplo en las actividades de la fundición de la placa, uno de los aspectos que destaca SI 99 como incumplimiento; en efecto, con énfasis dentro de la controversia objeto de este arbitramento, se refiere al episodio de la placa que a la postre colapsó lo cual generaría su reemplazo por otra. En su momento **esta situación se corrigió volviendo a levantar la estructura en forma adecuada y configurando de nuevo la plancha hasta obtener el fraguado correcto por cuenta del contratista.**

Folio 31 Afirma AIDA CASTAÑEDA:

"Ellos tomaban mis investigaciones como intervención, como una intervención o coadministración –refiriéndose a la comunicación USME 014 de marzo 23 de 2012 del contratista–" (destaca el Tribunal).

575

Folio 37, la interventora afirma:

"Solicitaban mayores valores en concreto, de mayores valores en acero, de mayores valores y por solicitud de SI99 yo los analizaba **pero nunca pudimos estar de acuerdo**" (destaca el Tribunal).

Folio 41: preguntado por el apoderado de la convocante:

"¿a Prime **le fue reconocido el costo de ese hierro?**" Respondió: "**lo pasaron en un corte y yo lo devolví, no lo dejé reconocer**" (destaca el Tribunal).

3. Incumplimientos. 4.4 "placa segundo piso".

A folio 8 se lee: "**No permití la fundida del 17 de abril**. Lo dejé en la bitácora".

Folio 9 "empecé a informarle a SI99, a decirles, 'ojo, ojo, ya técnicamente nos han demostrado, **desde el primer momento habían demostrado que no tenían el conocimiento adecuado**' y dije, 'esa metodología **no me funciona**'" (destaca el Tribunal).

Al mismo folio 9, aparece:

"Bueno digamos, los ensayos de laboratorio, la metodología que era el primero documento de Google, lo mismo el Pipma (*sic*), y digamos que así **toda esa serie de inconsistencias todo el tiempo me generaban**, esas son las cosas que yo me pude dar cuenta, no sé qué más habrá podido suceder pero **todo el tiempo era este desgaste de decirles, 'no, eso no', y no dejar pasar las cosas, no dejar pasar fundidas inadecuadas, no dejar fundir cimentación con los hierros mal puestos, no dejar la aplicabilidad de un Pipma que no correspondía a la obra, ese fue como todo el proceso que tuve**" (destaca el Tribunal).

O sea, observa el Tribunal, objeciones, sin proponer solución cuando no obstrucción para el avance de los trabajos, sin dar razón u observaciones que

520

impedirían suspensiones y al contrario, permitirían continuar operando y cuyo obstáculo debería superarse para alcanzar el cumplimiento del contrato.

4. Plan de manejo ambiental

En acta de reunión 15 que obra al plenario, de fecha 7 de marzo de 2012, firmada por 6 participantes aparece:

"Al PIPMA le falta manejo, la administración define que se adaptará el existente, ella se le requerirá información, **definitivamente no se aprobó como documento válido, el patio tomará el direccionamiento del PIPMA**" (destaca el Tribunal).

Resalta el Tribunal que las observaciones no conducían a soluciones; al contrario, generaron situaciones que mostraban desacuerdos profundos.

En cuanto a diseños y planos (demanda de reconvención 4 "incumplimientos de Prime" 4.1, 4.5 y 4.9. Se puede extraer algunos elementos de juicio, a saber:

En la bitácora de la obra, cuaderno de pruebas 5-4 a folio 572, en anotación del día lunes 10 de enero de 2012, se lee: "**se le solicitó al interventor el estudio de suelos** para definir la altura del ciclópeo de las zapatas. Se enviaron a *plotear* los planos estructurales quedando pendiente el ajuste de la cimentación en el eje C2" (destaca el Tribunal).

En *email* del martes 13 de marzo de 2012, 06:28:01 p.m. de AIDA CASTAÑEDA, dirigido a ABEL ENRIQUE RAMIREZ BERMUDEZ- Prime, se lee: "¿usted tiene el estudio de suelos? Pues es importante que el material compactado cumpla con las granulometrías recomendadas por él y así poder recibir correctamente la sub base. En revisiones aleatorias realizadas al material de sub base (ejemplo la excavación del arranque de escaleras) se observa que el material tiene mucha piedra y materiales granulares que no cumplen con lo especificado en el estudio de suelos".

De lo anterior se colige que **se solicitaron estudios de suelos por parte del contratista el 10 de enero de 2012**, ya que resultaban indispensables para la ejecución de la obra, y al 13 de marzo (más de un mes después de la solicitud formulada), la interventora dice que los materiales granulares no

527

cumplen con el estudio de suelos, pero **pregunta si tienen los contratistas ese estudio de suelos**. Este Tribunal observa que esto es reflejo de la descoordinación y falta seguimiento y asistencia técnica por parte de la interventoría con el contratista.

En testimonio rendido por la ingeniera ALEXANDRA RODRÍGUEZ MOTTA, el 16 de octubre de 2014, a folio 8 manifestó:

"desde el 26 de diciembre que se iniciaron los trabajos nos expresaron que no existían diseños finales aprobados, que los que fueran a entregar, vendrían con un sello, eso lo dijeron el 28 de diciembre, creo, el 4 de enero también dijeron que iban a hacer una entrega parcial de diseños, se comienzan a hacer las excavaciones **y como no existían planos del patio entonces no se sabía qué estructuras existían ahí abajo"** (destaca el Tribunal).

Y más adelante en el mismo folio 8 aparece:

"en mayo cuando comenzamos a organizarnos para fundir la placa de pavimento de la estación NO existían diseños de pavimentos, entonces se comenzaron a pedir desde mayo, se hacían comunicaciones, luego se mandaron varias comunicaciones en junio donde se decía que había todavía muchas dudas en el tema hidráulico y eléctrico porque para el hidráulico **nos tocó poner un topógrafo a nosotros para pasarle las cotas a la firma que hacía los diseños para que volvieran a ajustar todo el diseño hidráulico"** (destaca el Tribunal).

Lo anterior, a juicio del Tribunal, demuestra el permanente descontento que tuvo lugar a lo largo de la ejecución y dio como resultado aspecto importante de este proceso: **las repetidas suspensiones unilaterales de la obra por parte de la interventoría**.

5. Retrasos en las obras y causas (demanda de reconvención)

SI 99 admite como incumplimiento de las obligaciones en que incurrió Prime "una serie de abusos que arrojó como consecuencia el vencimiento del plazo estipulado sin que se cumpliera el objeto contractual".

6. En la bitácora de obra, cuaderno de pruebas 5-5, en anotación de 27 de mayo se lee, **"no se nos permitió trabajar"**. La misma anotación aparece

el 28 de mayo de 2012. En Acta de reunión 009 del 1 de febrero de 2012, se lee: **"no firman el acta de suspensión el día 16 de enero y reinicio de actividades el 25 de enero de 2012"** (destaca el Tribunal).

ALEXANDRA RODRIGUEZ MOTTA, en testimonio rendido a folio 36 fue interrogada por el abogado de la convocante así:

"¿Recuerda cuántas suspensiones tuvo la ejecución de las obras por Prime por orden de SI99 o de la interventoría entre el mes de diciembre de 2011 y el mes de julio de 2012?". Contestó: "Bueno la primera fue la del accidente que fue desde el 17 de enero hasta el 25 que pudimos volver a ingresar, luego hubo una de 2 días que fue un fin de semana que se había programado una fundida y la gente tenía que entrar a trabajar, era un festivo, nos tocó pagarle el festivo a la gente y no nos dejaron entrar a la obra, entonces la fundida se corrió, eso fue en mayo, y la otra es que la última fundida que se hizo fue el 4 de junio y no pudimos hacer nada más porque no habían diseños, no pudimos hacer nada más, estuvimos desde el 4 de junio hasta el 16 de julio limpiando, recogiendo los plásticos y los papeles" (destaca el Tribunal).

Ejemplos de cómo se produjeron las suspensiones, en encuentran en el folio 5, dijo la interventora, **"y solicité la suspensión de la obra"** (destaca el Tribunal).

Consta en el dictamen presentado por Gloria Zady Correa Palacio, página 6, lo siguiente:

"De acuerdo con la documentación que reposa en el expediente aportado con la demanda, hubo suspensión de obra entre las siguientes fechas:

Del 12 al 21 de marzo de 2012, como consecuencia de la no entrega del dinero para la compra del hierro, por un total de 11 días.

En el mes de febrero hubo 10 días de parálisis, por no entrega de diseños.

Los días 27 y 28 de mayo no pudieron entrar al campo de trabajo.

579

Entre el 9 de junio y el 15 de julio hubo 27 días de parálisis"
(destaca el Tribunal).

A la anterior suma, en la página 5 del mismo dictamen, se contabilizan 9 días de suspensión (17 al 25 de enero de 2012), lo cual da consolidado de 59 días, según aprecia el Tribunal.

Los episodios que dieron lugar a las suspensiones fueron consolidados atrás, observa el Tribunal, muestran **reticencia continua del contratante y la interventoría que lograron acumular 59 días**, como ya se expresó, suma no despreciable, **equivalente a prácticamente la mitad del término de duración del contrato, inicialmente pactado.**

7. En cuanto a trámites, deben destacarse varios demostrativos de la situación contradictoria en la que con frecuencia chocaron las partes.

El Tribunal debe advertir que el cambio de las reglas de contratación conocidas aceptadas por SI 99 y la modificación de la modalidad de contratación, también especialmente la suspensión del contrato, causó daño al contratista.

Otras situaciones que se presentaron en varias materias fuente de incumplimiento de donde se desprendieron declaraciones de una y otra parte para absolución de dudas técnicas, como entrega de cheques para pedido de materiales y otras inconsistencias, se describen a continuación:

8. Certificación de trabajo en alturas. JAZMINE FLORIAN a folio 14 de su testimonio al ser preguntada por el apoderado de la convocante: "¿en los términos de referencia contemplaron o **exigieron requisitos tales como certificado de trabajo en alturas?**". Contestó, **"no, explícito no estaba"** (destaca el Tribunal).

Obra en el plenario, cuaderno de pruebas 4-1, folio 110 (1614), cuadro en el que se resume el cumplimiento de este requisito certificado, habiéndose capacitado en este curso de alturas, con una duración de 40 horas, a los señores: Andrés Martínez, José Agustín Pedraza, José Rubén Usaquén, Wilber Alfonso Caro Herrera y Augusto César Arrieta Mercado.

El contratista se querello de que este curso no fue previsto en los términos de referencia y tampoco incluido dentro de las obligaciones del contrato, lo cual no podía ser cargado al costo del contratista ni de los

SJC

beneficiarios y en consecuencia, el valor del mismo y así lo decreta el Tribunal, debe estar a cargo de SI 99.

9. Entrega de cheques. ALEXANDRA RODRIGUEZ MOTTA en testimonio rendido a folio 35 declaró: "el anticipo llegó el 13 de febrero **el primer cheque que se giró creo que era para concreto, ella lo firmó sin ningún problema, luego se le pasaron creo que otros 4 cheques, entonces comenzó a pedir como una cantidad de requisitos que no estaban pactados ni en los pliegos de condiciones ni con nadie, o sea ella unilateralmente decidió que para poder girar necesitaba unos requisitos.** El 18 de febrero ella nos manda un correo donde dice, de ahora en adelante **los correos se presentarán los días jueves** para su revisión con una cantidad, que tenían que ir revisados por la supervisión de SI 99, por el área contable de SI 99, nos pedía una remisión de ingreso, una copia de la factura, una cantidad de requisitos que ella nos los pedía para girar los cheques. **Le escribimos que no estábamos de acuerdo con eso porque es una obra muy grande que no puede ser supeditada a que la interventora nos reciba cheques los jueves de 7:00 a 12:00** que era el horario en que ella trabajaba" (destaca el Tribunal).

También encuentra el Tribunal fuera de lo convenido en el contrato, y además, excesivo el trámite impuesto por la interventoría que a la postre también contribuyó a demoras y retrasos innecesarios.

10. Pedidas de materiales con modificación de lo contratado

Puede destacarse varios aspectos importantes, a saber:

11. Responsabilidad por error en la construcción. En acta de reunión 18 del 4 de abril de 2012, numeral 1 se lee: "**Resane de columnas hormigoneadas, sustento técnico al desacuerdo frente al requerimiento hecho por la Interventoría, PRIME manifiesta que acatará las recomendaciones hechas por la interventoría**" (destaca el Tribunal).

En comunicado USME-018-2012 de fecha 19 de abril de 2012, con relación a la respuesta del punto 7 en el siguiente sentido: "7. El día 15 de febrero la directora se acerca a la obra dando instrucción de cambio de flejes, no por consulta de planos estructurales a interventoría. Se consulta ese día referente a

la instalación de flejes en vigas e inmediatamente se contesta, pese a la respuesta dada cambian la instalación se tiene correos de esto, en conocimiento de SI99". Respuesta: **"Con la presente aceptamos la observación presentada por la firma interventora.** Cordialmente JORGE PRIETO V: Representante Legal de PRIME" (destaca el Tribunal).

En acta de reunión 021 del 26 de abril de 2012, numeral 1 aparece: "el ingeniero Alfonso Bernal y Manuel Roza **manifiesta los daños de la planta, se hace entrega del arreglo de la planta, Fredy Maya manifiesta que están de acuerdo con el arreglo a cargo de PRIME,** se entregará por escrito esta aprobación" (destaca el Tribunal).

12. Valoración de material, efecto panal y porosidad en relleno

A criterio del Tribunal los requerimientos de interventoría fueron atendidos por Prime, como se desprende de las constancias que obran en la bitácora, dando cumplimiento a lo previsto en el contrato.

13. Materiales y pruebas para evaluación de materiales. El 26 de abril de 2012, en acta de reunión 021 se lee: "el proctor generó dudas e inquietudes frente al desarrollo de esto se realizó una investigación exhaustiva, y **se determina que los ensayos no corresponden a la obra estación 'Sophia'.** Se tomaron ensayos para verificar todas las calidades de materiales por parte de la firma interventora ya instalados en obra. **PRIME realizará internamente revisión para determinar cuál fue la causa de esta inconsistencia, a lo cual aplicarán correctivos de forma inmediata"** (destaca el Tribunal).

En comunicado del 30 de abril de 2012, la interventora informa a SI99 – ALFONSO BERNAL:

"Se ha sido insistente en los ensayos de laboratorio de los materiales utilizados en la obra, con el fin de garantizar los materiales utilizados, el contratista entregó el día jueves 19 de abril **los resultados del material de sub base, los cuales en verificación realizada por la interventoría, se encuentra que no corresponden al material de la obra, esto se verificó con el laboratorio, el cual certificó que los resultados entregados a esta interventoría corresponden a**

S32

materiales tomados de un parque localizado en la localidad de Rafael Uribe Uribe 2" (destaca el Tribunal).

En testimonio rendido por AIDA CASTAÑEDA a folio 8 aparece: "otro problema era que los materiales no cumplían con las especificaciones solicitadas por los diseñadores" y más adelante: "finalmente estuve como tan intensa con el tema de los ensayos de laboratorio que me llegaron un día por correo, ensayos de laboratorio, entonces yo veo los ensayos de laboratorio y me habla de un B600 y yo a simple vista veía que no llegaba ni a B200, parecía un recebo común, entonces llamé al laboratorio y le dije, oiga, mire señor, yo tengo los ensayos número tal que no me corresponde a lo que yo veo, usted me está diciendo que eso es un B600 y yo lo veo como un recebo común. Deme el número del ensayo de laboratorio, de qué número me está hablando, le doy el número del ensayo y me dice de que obra me está hablando, 'Estación Sofía', no la conozco... entonces hice un llamado de atención al contratista, y le dije, discúlpeme pero es que me dice que estos ensayos corresponde al parque Rafael Uribe Uribe... necesito que me cambien completamente ese recebo, ese recebo no sirve para nada de acuerdo a las especificaciones que nosotros estamos necesitando, **nunca se dio, nunca lo cambiaron, sin embargo me lo trataron de pasar en corte, obvio no lo recibí**".

En folio 40, CASTAÑEDA refiriéndose al mismo tema, el recebo: "yo no lo aprobé, el B400 y no era B400" pregunta el apoderado de la convocante: **¿o sea no se le pagó?**". Respondió: **"No, no correspondía a las especificaciones"** (destaca el Tribunal).

Obra en el plenario certificación del 26 de noviembre de 2012, suscrita por FABIO CRISTANCHO DIAZ, jefe de laboratorio de INPASUELC LTDA. Dirigida a la interventora SI99 así: "Por medio de la presente nos permitimos certificar que **los ensayos con consecutivo INP-INF-012-174, no correspondían a muestras tomadas en el Patio Usme de Transmilenio**, sino que las muestras para ensayos PROCTOR fueron tomadas en la obra para el Parque Rafael Uribe Uribe a cargo del ingeniero Eduardo Cala, muestra tomada en fecha el 23 de marzo de 2012" (destaca el Tribunal). En audiencia del 13 de noviembre del año 2014, el señor FABIO HUMBERTO CRISTANCHO DIAZ, respecto a precitado certificado dijo:

"Este certificado lo emitió el laboratorio, yo no estaba en el laboratorio en el momento en el que lo emitieron pero están diciendo aquí de dónde se

533

obtuvo la información, **esta información fue manipulada, por quién, no sé**, pero la información corresponde a la original a una emitida al ingeniero Eduardo Cala de un Consorcio del contrato de Rafael Uribe Uribe-Patio Usme de Transmilenio" (destaca el Tribunal).

Y más adelante preguntó el Dr. VALENCIA: "¿ese documento está firmado por quién?" Dr. Vargas: "**dice Fabio Cristancho Díaz, ¿esa no es su firma?**" Contestó: "**No es mi firma**". Dr. Vargas: "quisiera con toda la venia del Honorable Tribunal se tome nota de lo que está sucediendo, porque **se ha aportado por la parte convocada en contra de la parte convocante un documento afirmando ser suscrito por el señor Cristancho y resulta que el tal documento no lo es**". Contestó: "Si aclaro que la persona que firmó por poder sacaron eso de la información de nuestro medio para decir que es lo que pasa con ese tema y firmó por poder, pero no es mi firma". Doctor Vargas: "**¿usted autorizó a la persona que firmó para autorizar por poder este documento?**". Contestó: "**muy seguramente en el momento lo autoricé**" (destaca el Tribunal).

Observa el Tribunal que reconoce Prime haber sido objeto de equivocación en el envío de la certificación y tendría como consecuencia haber cobrado material no aceptado, lo cual queda desmentido por la propia interventora cuando advierte, "**obvio no lo recibí**".

14. Sanciones por incumplimiento. La interventoría reiteró incumplimientos del contratista al final del contrato, también su actuación resulta ilustrativa en relación a algunas de sus respuestas, a saber:

La misma testigo a folio 14 precisa:

"...yo les dije qué pena pero si cambiamos las especificaciones de calidad pues renegociamos los precios unitarios pero yo como interventora no puedo hacerlo, yo estoy cuidando dineros del Estado porque en ese momento yo estaba cuidando dineros de Transmilenio, son dineros públicos"

A folio 46 el abogado de SI99 preguntó:

"¿Cuál era la razón de SI99 para continuar el proyecto con Prime y no haberlo liquidado, si lo sabe?". Contestó: "Lo que comentaba

anteriormente, la situación que se tenía con Transmilenio, el tener que liquidar a este contratista, abrir un nuevo proceso licitatorio por ser dineros del Estado...”

A folio 13 del testimonio de AIDA CASTAÑEDA, pregunta el Tribunal, **“¿efectivamente aplicó las multas que estaban pactadas?”** Y más adelante, **“¿efectivamente nunca se hizo, o sí se hizo?”** Contestó: **“No señora, no señora”** (destaca el Tribunal).

En síntesis, aprecia el Tribunal, que los dineros con los cuales se apropió por parte de SI 99 la partida para la ejecución del contrato, si bien tuvieron origen público, la circunstancia de que se trata de sociedad anónima de carácter privado y sus recursos no operan como públicos, no hay lugar a aplicar la legislación administrativa que rige los contratos de esta naturaleza y en cuanto a las objeciones formuladas por la interventoría, reflejan posición unilateral impositiva y no la de colaboración con solidaridad y voluntad de soluciones positivamente a las situaciones para resolver. Lo propio respecto de las multas, las cuales, se advierte, son propias de los contratos administrativos.

16. Obligaciones de las partes. El plazo de 120 días para la construcción de la obra señaló al constructor responsabilidades de ejecución con celeridad que obligaba **disponer de conocimiento suficiente del terreno** donde iniciar la excavación y **disponibilidad de los recursos del anticipo (30%)** al momento de firmar el contrato para proveer el material y cancelar obligaciones de mano de obra; la **disposición de planos y diseños completos y acceso de sus autores para dinamizar y resolver consultas** en forma inmediata y **colaboración de la interventoría en forma constructiva** para proceder sin errores a la ejecución de actividades sin retardo. También el contratista esperaba ejecutar la totalidad de la obra, no dos tercios de la misma como unilateralmente la redujo SI 99.

Lo anterior, en el contexto de apreciaciones del representante legal de SI 99 que no deja de ser ilustrativo respecto del escenario que tuvo lugar el contrato como reconoció su representante legal (SI 99): **“Prime no pensó bien la obra porque el plazo fue corto”** (destaca el Tribunal). No se compadece lo expresado con la conducta asumida desde el primer momento por el contratante y la interventoría, conducta manifiesta en **las múltiples suspensiones** unilaterales de la obra, 57 días, **prácticamente la mitad del plazo pactado** (120 días), con la demora de la entrega del anticipo, durante casi la mitad del

plazo (53 días); **la ausencia de planos y diseños desde la iniciación del contrato y actitud negativa obstructiva, cuando lo que dispone los principios de buena fe, cooperación y colaboración, en particular de la interventoría que brillaron por su ausencia.**

Estos aspectos presentan situaciones determinantes a la hora de calificar la actuación de las partes.

Del análisis descrito atrás, advierte el Tribunal, hay aspectos que podrían ser concurrentes en cuanto a su origen como el cumplimiento de los plazos, ya que el contratista alega excesivas las suspensiones unilaterales generadas por el contratante por conducto de la interventoría y de otro lado, SI 99 sostiene que las demoras fueron las que impidieron cumplir el normal desarrollo del contrato y con ello el desplazamiento de los términos que impidieron la conclusión de la obra en oportunidad.

En realidad este aspecto hace parte de situación que merece análisis especial, el papel que jugó en el desarrollo del proyecto la actuación de la interventoría, pues de acuerdo con el contrato, las reglas que sobre el particular en la práctica atribuyen a este tipo de actividades, su función sustancial es servir de vehículo eficiente para hacer posible cumplimiento del objeto del contrato, es decir, su presencia y actuación que deben apuntar al cumplimiento de lo previsto en el contrato, en este caso por parte del contratista y particularmente en el contexto de los valores que deben presidir la voluntad de los contratantes a cuyo nombre, el de SI 99 actuó, de buscar especialmente la consecución de las metas propuestas en tiempo y en cuanto al desarrollo y cumplimiento de las obligaciones bajo los valores ya mencionados de cooperación, de prevención y evitación de daños o al menos, disminución de los efectos adversos.

Lo que resulta del examen cuidadoso de la conducta de las partes, en este caso particularmente del contratante y la interventoría, es que fueron contrarios a lo esperado: hubo coadministración obstructiva. O sea, se repite, los derechos de los contratantes deben estar precedidos por la buena fe y la colaboración que son elementos de esa cooperación invocada arriba; en este contrato, el hecho de haber suspendido prácticamente durante la mitad del término su ejecución, causa en el contratista efectos que dan lugar a resarcimiento del daño por la responsabilidad civil a cargo de SI 99, causante eficiente del daño.

Ítem más, en cuanto al examen de los incumplimientos alegados por Prime: **retraso en el pago del anticipo; suspensiones unilaterales repetidas de actividades** (que afectaron prácticamente la mitad del plazo pactado); **el retraso en la entrega de los planos y diseños completos oportunamente, cambios sustanciales en el contrato**, y finalmente **la renuencia a la liquidación del contrato**, dan lugar a **incumplimiento grave del mismo por parte de SI 99**, con las consecuencias de condena por los daños causados a Prime que este Tribunal determinará a cargo de la parte contratante, según ya se expresó.

De otro lado, los incumplimientos atribuidos a Prime, o sea, **el accidente que causó la muerte al trabajador; la fundición equivocada de placa** (reemplazada a su costa por el contratista); **el envío de estudio equivocado sobre consistencia de un material; el efecto de porosidad en alguna de las columnas** (también reparado a tiempo), **la defectuosa configuración del relleno** (efecto panal de abejas) debidamente arreglado y otros aspectos **en la ejecución en las que incurrió Prime (y reparó los daños)**, no son de la misma naturaleza ni pueden calificarse de incumplimiento grave del contrato de obra civil, de magnitud equivalente a las actuaciones y omisiones en que incurrió SI 99 directamente o por conducto de la interventoría.

En otras palabras, estima el Tribunal que si bien es cierto los tiempos ni los costos como literalmente se plasmó en el contrato, se cumplieron ello abedecio en gran parte, a las actuaciones graves que dejó consignado el Tribunal, por parte de SI99.

En otras palabras, estima el Tribunal que estas fallas no impidieron el cumplimiento de las obligaciones del contrato, hasta donde lo permitió la parte contratante.

Contrario sensu, los graves incumplimientos atribuibles a SI 99, incluso cada uno por separado **ya el retardo en el pago del anticipo, ora interfiriendo las obras con suspensiones continuas, o la ineficiente entrega de planos y diseños, y finalmente modificación de las condiciones y ausencia de la liquidación del contrato** han llevado al Tribunal a las determinaciones de las condenas que adelante se señalarán.

Centrándose en el *thema decidendum*, el Tribunal sintetiza así sus consideraciones a efectos de determinar a la luz de los presupuestos

precedentes la prosperidad de las pretensiones de la demanda formulada por Prime.

Sea lo primero determinar que en el proceso resultó probado que tanto el objeto como el plazo y el valor del contrato fueron modificados, que es grave no haber entregado el anticipo al inicio del contrato (y no en la mitad del mismo), que los planos y diseños era necesario suministrarlos oportunamente y no cambiar el objeto del mismo.

El Tribunal por considerar pertinente pone de presente que en el desarrollo de diligencia de interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la sociedad convocada, VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIO surtido el día 22 de octubre de 2014 y del cual se realiza transcripción de apartes relevantes para el Tribunal al adoptar su decisión, encuentra que sus respuestas elusivas constituyen, sin duda una auténtica confesión ficta de conformidad con el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, respecto de las preguntas asertivas, tal y como expresamente le fue puesto de presente en dicha diligencia por el Tribunal.

El apoderado de la convocante formuló 18 preguntas así:

1: "Diga ¿Cómo es cierto si o no, mediante acta No. 4, SI99 reconoció el pago a PRIME todas las cantidades de obra ejecutadas hasta el 4 de junio de 2012?"
Contestó: "Yo no conozco detalles de este documento"

2: Diga ¿cómo es cierto si o no, el pago de todas la obras ejecutadas por PRIME debía ser aprobado por la interventoría a cargo de Construcciones Castañeda?
Contestó: "sí".

3: "Diga cómo es cierto si o no, la ejecución de obras a cargo de PRIME, estuvo paralizada desde el 4 de junio de 2012 y el 16 de julio de 2012, debido a la indefinición de los diseños estructurales, incluida el de pavimento?
Contestó: "no sé."

4: "Indíquele al Honorable Tribunal ,¿quién o quienes como contratistas continuaron con la ejecución de las obras del edificio multipropósito una vez se retiró PRIME el 16 de julio de 2012?"
Contestó: "No tengo conocimiento"

538

5: "Diga cómo es cierto si o no ¿alrededor del 25 de marzo de 2012 Usted personalmente solicitó a la Sra. Martha Rodríguez Motta la presentación de una propuesta para continuar ejecutando las obras del edificio multipropósito Santa Sofía?"

Contestó: "Sí, eso es cierto..."

6: ¿Quién y cuando decidió la modificación del proyecto del edificio multipropósito Santa Sofía reduciéndolo de 3 a 2 pisos?"

Contestó: "No, no sé"

7: "¿porqué razón para el 7 de mayo de 2012, como consta en el acta número 23 no se había de finido aún la terminación del contrato civil de obra celebrado entre las partes no obstante la decisión que en tal sentido comunicó verbalmente el doctor Camilo Badillo en reunión del 20 de marzo de 2012?"

Contestó: "...No conozco la comunicación ..."

8: "Indique la razón por la cual si ni en los términos de referencia ni en el contrato se contemplaba la obligación de PRIME de contratar el personal de la obra directamente como empleado de aquella ¿SI99 no reconoció los mayores costos que implicó la exigencia de contratarlos directamente con posterioridad al 16 de enero de 2012?"

Contestó: "No conozco la razón"

9: "Diga cómo es cierto si o no. ¿Usted no conoció en detalle la prolífica documentación que PRIME remitió a SI99 desde el mes de febrero de 2012 advirtiendo el desequilibrio económico y refiriendo su restablecimiento?"

Contestó: "No la conocí."

10: Diga cómo es cierto si o no, ¿en el mes de marzo de 2012 las obras tuvieron un retraso considerable en su ejecución de 11 días por la ausencia de hierro en el lugar de las obras?"

Contestó: "No se"

11: Diga cómo es cierto si o no ¿Usted no conoció la comunicación Usme 013 de 2012 del 28 de marzo de 2012, que con la venia del tribunal le voy a poner de presente, por PRIME dirigida a SI99, atención Doctor Camilo Badillo? (tal comunicación Señor Secretario obra a folio 294 del cuaderno número 2 de pruebas)"

Contestó: "No la conozco" Y mas adelante "No la conocí ..."

539

12: "Indique al Honorable Tribunal, si como Representante Legal de SI99 ¿se enteró de que para el mes de julio de 2012 no existía definición de los diseños de pavimento?"

Contestó: "No sé" y mas adelante: "No, no me enteré ..."

13: "Precísele al Honorable Tribunal si como Representante Legal de SI99 ¿se enteró de la existencia de las comunicaciones a las que se alude en los hechos número 87 y 88 de la demanda, que con la venia del Despacho, solicito ponerle de presente o sea son los hechos número 87 y 88 ¿ (solicito es que El los lea porque son varios documentos a los cuales se alude, Señor Secretario obran a folios 31 y 32 del cuaderno principal)" – Se transcriben a continuación los hechos 87 y 88-

Contestó: "...no, Yo no conocía estos documentos ..."

14: "Diga cómo es cierto sí o no, con posterioridad al 25 de marzo de 2012 y a petición de SI99, PRIME presentó a SI99 varias alternativas contentivas de presupuestos y cronogramas para culminar el edificio multipropósito?"

Contestó: "Yo creo que sí es cierto ..."

15: "Diga cómo es cierto si o no ¿Usted no conoció la comunicación Usme 041 de 2012 del 29 de junio de 2012 ¿ (que se pone de presente y se solicita leer en voz alta cuando menos en su encabezado, obra a folio 70 del cuaderno, número 2 de pruebas)"

Contestó: "...no conocí la comunicación..."

16: "En el presente Tribunal y por cuenta de declaraciones solicitadas por SI99 se ha deslizado la idea de que PRIME lo que pretendía o pretende es derivar ganancias de manera antijurídica con la forma como ejecutó el contrato, siendo ello así, por favor indíquele al Despacho ¿por qué el con trato no se terminó con posterioridad al 20 de marzo y antes del 16 de julio de 2012?"

Contestó: "Yo lo que creo es que PRIME presentó una propuesta que no preparó suficientemente bien y digo esto porque cuando ya terminamos la obra me di cuenta que 120 días para realizar una obra de esas era realmente un plazo muy corto, hubo además algunos incidentes que justificaron el retraso en la ejecución de la obra, entre ellos un, que recuerdo fue muy severo en esa época, un accidente laboral que fue fatal y también algún deslizamiento o la ruptura de una placa que ya se había construido. Esas fueron las razones que

Yo entendí, fueron las razones que Yo asumí para solicitarle a Transmilenio la prórroga del plazo de la entrega de la obra, otras versiones no son nuestras".

17: "Si es cierto como se ha afirmado en el presente Tribunal, que PRIME incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales y así reza la demanda de reconvención que SI99 presentó entonces porqué razón SI99 a través de su Representante Legal emitió la comunicación fechada 31 de mayo de 2012 dirigida a Seguros Bolívar ¿ (que se le pone de presente con la venia del Tribunal, en la que se indica que el proyecto se desarrolla conforme al Otrosí, el documento obra a folio 1.191 del cuaderno de pruebas número 4)".

Contestó: "...no cambiar el caballo a la mitad del río porque sería mucho mas demorado y en ese sentido la póliza era un requisito indispensable para continuar con la ejecución del contrato".

18: "Diga cómo es cierto si o no, a través del Doctor Alfonso Bernal, a PRIME se le propuso como fórmula de arreglo aceptar la suma de 200 millones de pesos o en su defecto aceptar el traspaso de un vehículo de mas de 10 años y avaluado en 130 millones de pesos?"

Contestó: " Yo no conozco esa información y no se si es cierta o no es cierta..."

Hechos 87 y 88 referidos en la pregunta 13:

"87.El mes de mayo de 2012 se mostró crítico en cuanto al requerimiento de información, documentación, aclaración y corrección de diseños, como pasa a reseñarse:

87.1 Correo electrónico del 4 de mayo de 2012: PRIME solicitó absolución de dudas arquitectónicas

87.2 Correo electrónico del 5 de mayo de 2012: PRIME elevó consultas hidrosanitarias

87.3 Correo electrónico del 7 de mayo de 2012: Interventoría remitió solución de inquietudes arquitectónicas dadas por Grupo Empresarial Delfos Ltda.

87.4 Correo electrónico del 10 de mayo de 2012: PRIME expuso dificultades encontradas con aspectos estructurales por la existencia de tres elementos de peso que retrasan la programación de la fundición del concreto, todo lo cual se evidenció al avanzar en los trabajos y podía tener efectos en las cantidades de hierro a pedir. Se solicitó solución urgente a la interventoría

87.5 Correo electrónico del 11 de mayo de 2012: Consecuencia de una reunión sostenida en esa fecha, PRIME solicitó que los diseñadores del proyecto estén disponibles en todo momento pues las obras lo exigen; puso de presente que por decisión arbitraria de la interventoría toda comunicación de inquietudes se

debía canalizar a través suyo, lo que entorpeció la comunicación directa entre contratista y diseñador, lo que ha llevado al atraso de la obra; puso de presente la obligación de la interventoría de conocer planos y diseños y la improcedencia de que la interventoría responda que el diseñador es quien pone condiciones y retrase las respuestas. Aún mas, solicitó aclarar por qué razón el diseñador estructural quiere desistir de asesorar el proyecto.

87.6 Correo electrónico del 11 de Mayo de 2012: La interventoría dio una respuesta evasiva y no resolvió los inconvenientes

87.7 Correo electrónico del 17 de Mayo de 2012: La interventoría respondió al arquitecto Luis Manuel Rodríguez Devis, de Grupo Empresarial Delfos Ltda., coordinador del diseño estructural, y le solicitó precisar qué planos no conocía, (muy diciente que al sexto mes de ejecución del contrato el diseñador del proyecto manifieste no conocer planos), y mencionó que supuestamente entregó estudio de suelos y manifiesta que el resultado del estudio de suelos entregado la semana anterior corresponde a otra área del patio

87.8 Correo electrónico del 31 de Mayo de 2012: El Ingeniero Ismael Niño, Director de Obra de PRIME solicitó el envío de los últimos plan os arquitectónicos

88 La situación anunciada en el numeral anterior fue algo similar en Junio de 2.012, en el que se cruzaron Los siguientes correos electrónicos:

88.1 El 6 de Junio: El ingeniero Ismael Niño, director de obra, solicitó al ingeniero Luis Manuel Redríguez resolver algunas dudas sobre materiales considerando que tan solo hasta el 5 de Junio de 2.012 les entregaron catálogos sin muestras.

88.2 14 de Junio: El arquitecto Rodríguez informó a la interventoría que el 13 de Junio de 2.012 se reunió con el director de obra y le suministró un repertorio de posibles nuevos acabados

88.3 14 de Junio: Armenta Chavarro y Cia. Remitió a la interventoría las memorias de una reunión llevada a cabo en esa misma fecha, en la que se entregan memorias, especificaciones y planos de diseños a PRIME, nótese que hasta esa fecha se hizo entrega de los diseños y planos de acabados.

88.4 15 de Junio: El director de obra solicitó a SI99 la definición de las cantidades de diseño eléctrico, necesarios para iniciar labores al respecto; igualmente hizo constar que se encontraban pendientes respuestas a lo expuesto en comunicado No. 33

88.5 30 de Junio: El director de obra solicitó con la mayor urgencia a la interventoría aclaraciones estructurales urgentes y reiteró que la información relacionada con el refuerzo de la escalera había sido ya solicitada y a la fecha del correo electrónico no existía respuesta.

542

En esa misma fecha el director de obra, ante a falta de información sobre la distribución de juntas, adjuntó plano en ACAD con la distribución de juntas sugerida, (correo denominado Propuesta Juntas Pavimento (sic)). Ello evidencia que para el 30 de Junio de 2012 no existían diseños de pavimentos, todo lo cual era del resorte de SI99."

Analizadas las 18 preguntas formuladas al Representante Legal de la convocada SI99 tenemos que:

En un porcentaje del 72,22 % las respuestas del Representante Legal de la convocada, fueron evasivas, remisas, asumiendo una conducta renuente durante toda la audiencia, motivo por el cual el Tribunal dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 210 del C.P.C.

En la respuesta 17 se advierte una actuación irregular por parte de la convocada SI99, al solicitar a la Compañía Aseguradora la ampliación de pólizas, el 31 de mayo de 2012, pues se lee: "2. A la fecha el proyecto se está desarrollando con acuerdo entre las partes, según lo expresado en Otrosí 1, que lo único que busca es ampliación en plazo para la ejecución del objeto contractual. 3. A la fecha no se tiene conocimiento de ninguna reclamación en curso".

Tal como se ha probado a lo largo del presente proceso desde el mes de enero de 2012 se presentaron inconvenientes que fueron agravándose con el correr de los meses y a esas alturas del último día de mayo las dificultades eran de grandes proporciones.

En la respuesta a la pregunta Número 16 el Representante Legal de la convocada reconoce que:

1º. "120 días para realizar una obra de esas era realmente un plazo muy corto"

2º. "incidentes que justificaron el retraso:

Invierno – accidente laboral – ruptura de placa"

Todo lo anterior fue esgrimido por SI99 en la demanda de reconvención como Incumplimientos, los cuales quedan totalmente desvirtuados por el propio dicho del Representante Legal de la convocada.

En la respuesta a la pregunta No. 1 declaró : "Una vez tuvimos el acuerdo que Transmilenio colocaba de los 2.500 millones de pesos que nosotros le

543

entregábamos 1.250 con destino a construir ese edificio dentro de las instalaciones de Usme el resto de dinero que hiciera falta para construir ese edificio lo ponía SI99 y en ese entonces a raíz de una serie de propuestas que habíamos solicitado a compañías constructoras teníamos la idea de que el edificio completo podía costar cerca de 2.200 millones de pesos y sobre esa base hicimos el acuerdo..."

Obra al plenario el presupuesto detallado presentado por SI99 en diciembre de 2011, anexo a los términos de referencia 02 en el que aparece: "COSTO TOTAL DE OBRA \$4.845'445.286,37".

Prueba lo anterior que la conducta asumida por el Sr. Representante Legal de SI99 Sr. VÍCTOR RAÚL MARTÍNEZ PALACIO, resulta evidentemente engañosa y en un todo huérfana de verdad y lealtad procesal, ya que si el presupuesto presentado por la contratante ascendía a casi 5.000 millones de pesos, resulta absurdo, por decir lo menos, que ante el Tribunal afirme "que el edificio completo podía costar cerca de 2.200 millones de pesos".

Respecto de la exhibición de documentos, el Representante Legal de SI99 tenía la obligación de exhibir 14 documentos relacionados a folios 43 y 44 de la demanda, siendo esta carga procesal puntual e ineludible: No exhibió ninguno de ellos, el apoderado aportó AZ contentivo de 473 folios en desorden absoluto, habiéndose corrido traslado a las partes por 10 días de tal documento, tal como se consignó en el acta No. 11 en la cual también se dejó constancia de que No se exhibieron los siguientes documentos: "

El documento correspondiente a la modificación a la propuesta presentada por PRIME.

Los comprobantes contables indicados en el literal i) de la demanda.

Los demás cronogramas de obra.

Las comunicaciones cruzadas con los diseñadores del proceso.

La grabación contenida en el literal n) de la demanda relacionada con la reunión de 18 de enero de 2012.

Las colillas de la cuenta corriente solicitada por el apoderado de la pate convocante, ni el contrato de interventoría y sus reformas."

Literal i) de la relación de documentos a exhibir solicitados en la demanda: "los comprobantes contables en los que consten todos los giros efectuados por SI99 a PRIME solicitando especial énfasis a las fechas en que se efectuaron los giros, (erogaciones) la fecha de giro del anticipo y los extractos bancarios

SLY

correspondientes a la cuenta bancaria abierta para el manejo de los recursos del proyecto”.

A folio 37 de esa diligencia el Tribunal expresó: “...se advierte que no ha sido preparada debidamente la exhibición, además la exhibición Doctor, me disculpa, pero como es de su conocimiento tendría que haberla hecho precisamente el Doctor Raúl Martínez aquí presente, no su abogado, como está ocurriendo en este momento, luego, le agradecería, una vez mas , no recuerdo cuántas veces se le ha dicho, que tenemos que darle un orden a la diligencia pero no se está llevando como lo exige la ley, Usted sabe que ha debido aportarse muy puntualmente lo que se había ofrecido y se tenía que exponer, se tenía que ofrecer para reconocimiento”.

Consecuencia de lo anterior el Tribunal procederá a dar aplicación a lo previsto para el caso en el artículo 285 del C.P.C.

Una vez verificado que SI99 incurrió en daño, corresponde al Tribunal fijar las condenas y las cuantías que corresponden y que se encuentran probadas, tal como obra en el dictamen pericial

C. Llamamientos en Garantía.

Las dos partes, cada una con razones expuestas en los respectivos escritos, llamaron en garantía a la compañía de Seguros Comerciales Bolívar S.A.

Como quedó expuesto en los antecedentes, la parte convocante llamó en garantía a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar, tendiente a que respecto de ésta se hicieran las suplicas principales y subsidiarias referidas.

Prevé el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil: “Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación...”.

De conformidad con la norma en mención, es claro que la actividad del Tribunal está circunscrita a resolver “sobre tal relación” esto, es acerca del” derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a

SUS

sufrir" el llamante, o el reembolso íntegro o parcial que debiere hacer el mismo como consecuencia de lo resuelto en el fallo.

Delimitado así el ámbito de llamamiento, quedan entonces por fuera otros aspectos diferentes, como también la intervención de cualquiera otra parte distinta de quien tenga efectivamente una relación sustancial, ya sea legal o contractual, que lo faculte para obtener del tercero llamado la correspondiente indemnización o el respectivo reembolso, como efecto de la providencia pronunciada en el proceso.

Esclarecido como se deja expuesto que es requisito *sine qua non* que entre el llamado y el llamante debe mediar una relación jurídica, de suerte que aquél esté obligado a pagar los perjuicios o a efectuar el correspondiente reembolso, debido a lo ordenado en la sentencia, de inmediato encuentra el tribunal la ausencia de tal vínculo jurídico, como pasa a observarlo.

-Del llamamiento en garantía presentado por Prime:

Apoyado como viene el llamamiento en garantía en el contrato de seguro 1505-0007785-01, que "ampara el cumplimiento, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, estabilidad de la obra y calidad del servicio", es palmario que es improcedente la citación que se efectuó a la compañía aseguradora con este fin, desde luego que, por virtud del contrato que se invoca, la llamada no está obligada a garantizar a quien lo cita por pago alguno, respecto en ningún concepto, fundamentalmente porque este es un tercero ajeno a la relación ajustada entre la convocada y la compañía de seguros.

En efecto, examinada la póliza en cita, expedida por Seguros Comerciales Bolívar para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato civil de obra N° 001, relativa a la construcción del Edificio Multipropósito, ubicado en la calle 63 sur con troncal Caracas, Patio de Usme transmilenio, de Bogotá, permite al tribunal notar cómo, aunque quien contrató el seguro por cuenta, como tomador afianzado, fue Prime Consultorías y Construcciones S.A.S, ésta viene a ser una persona jurídica ajena a la relación asegurativa, carente de interés asegurable, o sea la trabada entre la asegurada beneficiaria Sistema Integrado de Transporte SI99 S.A y la aseguradora

546

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

Con base en los principios generales que orientan el contrato de seguro – artículo 1036 y siguientes del Código de Comercio-, basta decir que las especificidades del de cumplimiento fácilmente denotan que el interés asegurable es el de la asegurada beneficiaria –SI 99- y que el riesgo materia de este acuerdo es el eventual incumplimiento imputable a la contratista - Prime Consultorías y Construcciones S.A.S-, de suerte que acaecido éste es como se realiza el siniestro, tornándose la obligación exigible para la compañía aseguradora.

Desde esta perspectiva, le asiste toda la razón a la sociedad llamada en garantía, cuando al replicar la citación que se le hiciera para intervenir en este proceso, tras recordar cómo conforme a nociones elementales el seguro de cumplimiento tiene como objeto asegurar es al beneficiario contratante por los eventuales perjuicios que le ocasione el incumplimiento responsable del contratista afianzado, formuló la excepción de “falta de legitimación en la causa por activa”, para ser convocada en esta calidad, apoyada en que la convocante y llamante no estaba facultada para vincularla a este proceso, en la medida en que cualquier pago que la aseguradora eventualmente efectuara con quien mantuviera una relación de garantía, o sea con SI99 , sería recobrada de prime. No obstante la certera y puntual formulación de este medio de defensa, por cuanto el análisis y decisión de este presupuesto de la acción es asunto que, *ex officio*, debe anteladamente resolver el tribunal, formalmente no se hará el reconocimiento propuesto por la compañía de seguros.

Evidentemente, como es sabido, dicha legitimación, vinculada al concepto de parte, alude a la forzosa necesidad de que la demanda sea ejercida por quien, de conformidad con la ley sustancial, esté facultado para hacerlo contra quien, precisamente, debe responder frente a la pretensión, de suerte que, ha dicho H. Corte Suprema de Justicia, “si se reclama un derecho por quien no es su titular frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de que quede definitivamente decidido ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio, para quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para quien siéndolo, lo reclame indefinidamente ...”(G. J t, CXXXVIII, págs. 364, 2da, 365, 1ra).

Por tanto, se impone negar el llamamiento en garantía propuesto por PRIME quien carece de legitimación en la causa para formularlo. En su oportunidad se impondrán las costas a cargo del llamante.

547

-Del llamamiento en garantía formulado por SI 99.

Ahora respecto al llamamiento en garantía formulado por la reconviniente, observa el Tribunal, sin embargo, tal cual se expuso, la relación de garantía se celebró entre la convocada, como asegurada, y la sociedad aseguradora, atendida las particularidades de esta especie de seguro de daños, vale decir, el de cumplimiento, el que, ha de repetirse, es el incumplimiento del contratista afianzado el hecho que estructura el objeto de la póliza, al quedar suficientemente probado que fue aquél quien se alejó de sus compromisos, no se está entonces dentro de la hipótesis prevista para esta clase de seguro. Con otras palabras, si bien este contrato se celebró entre el llamante y la llamada, teniendo aquel asegurado interés asegurable, como lo cierto es que lo que la compañía amparó fue el patrimonio del mismo, pero única y exclusivamente ante el riesgo del incumplimiento contractual imputable al contratista afianzado, al quedar establecido en este asunto que fue el mismo contratante quien desatendió sus deberes, al punto que también se denegaron las pretensiones de la demanda de mutua petición, entonces no hay lugar a acceder a las peticiones perseguidas respecto de SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR.

Si se entendiera de manera distinta este punto, sería tanto como admitir, contrariando el objeto del seguro de cumplimiento, que se estuvieran asegurando las propias acciones del asegurado, protegiendo el patrimonio del afianzado.

Como, en términos generales, en estas razones se funda la primera excepción propuesta por la aseguradora, denominada "excepción de contrato no cumplido y consecuente inexistencia de siniestro", prospera esta excepción, con la consiguiente condena en costas a la llamante.

D. JURAMENTO ESTIMATORIO:

Prescribe el artículo 206 del Código General del Proceso lo siguiente:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del

SUGA

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

traslado respectivo. Solo se considerara la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

549

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Tocante con las sanciones contempladas en dicho artículo, son dos los supuestos en que proceden: a) cuando el monto formulado en el juramento excede del cincuenta por ciento (50%) de aquel que resultó probado en el proceso. Esta hipótesis supone que hubo prueba de algún porcentaje del monto de lo reclamado; y, b) cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

Esta especie de juramento formulado por la parte convocante no genera imposición de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por cuanto no excedió en un 50% la suma que finalmente resultó probada.

Examinada la estimación que hiciera la parte reconviniente SI 99 en el respectivo libelo, así como son las motivaciones expuestas en este laudo y la decisión tomada, para el Tribunal es claro que no se está en presencia de esos supuestos.

Ciertamente, por una parte, para arribar a la resolución desestimatoria de las súplicas deprecadas, el tribunal estimó, con base en las pruebas recaudadas aludidas con antelación, que de su parte había incumplimiento de sus respectivas obligaciones, lo que equivale a expresar que esa negativa no obedeció a una prueba parcial del monto formulado. Por la otra, tampoco es dable argumentar que las pretensiones de tal libelo fueron negadas por falta de prueba de los perjuicios reclamados, ni, adicionalmente, que la estimación de esa cuantía haya sido temeraria.

Es así como examinado con todo detenimiento este asunto, observa el Tribunal que cuando se acogieron las súplicas de la demanda primigenia y seguidamente se negaron las de la reconvención fueron tenidas en cuenta una serie de pruebas, por cierto abundantes y complejas. Dicho de otra manera, atendida la plausibilidad de las pretensiones, a esa determinación se arribó, no por el cálculo matemáticos de las mismas, sino por otra serie de razonamientos, como los relativos a los diferentes elementos de convicción indicativos de que el incumplimiento cardinal provino de la parte convocada, pese a que también,

SSO

aunque en menor grado y con no tanta trascendencia, hubo algunas desatenciones de la parte reconvenida.

Además, siendo así que, como es bien sabido, siempre debe imperar un criterio restrictivo en la aplicación de una sanción, al interpretar el tribunal el fondo del debate de esta manera, tampoco encuentra que haya lugar a imponerla, mayormente cuando no avizora, *prima facie*, una conducta abiertamente temeraria o maliciosa en la formulación de la demanda de reconvencción.

En conclusión ha de estimar el tribunal que respecto de la acción de reconvencción impetrada, no concurren los presupuestos necesarios para aplicar las sanciones previstas en el artículo 206 citado, como así se declarará.

F. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

Con base en las anteriores consideraciones y raciocinios el Tribunal a las pretensiones tanto de la demanda como de la demanda de reconvencción hará las correspondientes condenas, en este caso a la convocada con el pago de los montos de dinero que adelante se señalarán más los ajustes y actualización de los montos a la fecha del Laudo.

El análisis probatorio que en conjunto, como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, ha efectuado el tribunal, demuestra sin ambages que desde el comienzo el contrato no tenía los diseños que para este tipo de obra forzosamente se requieren y, además, que durante la ejecución del mismo se le fueron introduciendo varias modificaciones sustanciales que alteraron los términos inicialmente convenidos, amén de que se ejercieron una serie de maniobras que dilataron en el tiempo su desarrollo, hechos que entorpecieron su terminación.

Luego, si desde el principio de parte de la convocada se cometieron semejantes omisiones y acciones, necesarias para la iniciación, ejecución y culminación del contrato, cabe concluir que no puede atribuirse a Prime Consultorías y Construcciones S.A. incumplimiento responsable del convenio, toda vez que, ha de reiterarse, fueron los incumplimientos graves y sucesivos de SI 99 S.A los que a la postre impidieron que la convocante atendiera dentro de los términos pactados su labor de contratista.

SSI

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

Expresado de otra manera, si esta especie de responsabilidad se sustenta en la culpa de quien ha incumplido el contrato, ha de seguirse que si bien es cierto Prime S.A no cumplió el acuerdo en los tiempos previstos y de conformidad con los precios o valores literalmente pactados, pero debido a los incumplimientos que se dejaron detenidamente analizados, cabe concluir que no puede endilgársele conducta responsable a la contratista, pues fueron los actos de la contratante los que ocasionaron la imposibilidad a cargo de aquella de ejecutarlo.

En efecto, no obstante que en este proceso es evidente que ni los tiempos ni los costos convenidos se dieron exactamente, al entrar a determinar el tribunal las causas de esas variaciones, las consecuencias de las mismas, así como las respectivas responsabilidades, puede colegir que como consecuencia que de parte de SI 99 se incurrió en varias desatenciones, como las consistentes en la omisión del deber de información que le correspondía, concretado en los diseños, en las injustificadas interrupciones que vinieron a retardar el trabajo e hicieron su ejecución más onerosa, desde luego que una obra de esta naturaleza, para el cabal cumplimiento de los plazos, requiere de una planeación minuciosa. En fin, al proceder a examinar, como se hizo la gravedad de los incumplimientos, observa que la conducta de SI99 no se compadece tampoco con el deber de colaboración por la suerte del contratista, en orden a que este lograra el desarrollo y feliz término del contrato, desde luego que los incumplimientos de la contratista no son correlativos a los de la contratante, ni equiparables en la magnitud del perjuicio.

1. Pretensiones de la demanda

La pretensión declarativa primera de la demanda solicita "existencia del contrato civil de obra No.001 celebrado por las partes el día 28 de diciembre de 2011", en el mismo sentido aparece la segunda pretensión relacionada con el *otrosí* del referido contrato. Se probó la existencia de ambos documentos y así lo declara el Tribunal.

La tercera pretensión: "se declare que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. introdujo cambios unilaterales e inconsultos "En los testimonios de JAZMINE FLORIAN, FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA, ISMAEL NIÑO RIVERA, email de AIDA CASTAÑEDA, se hace referencia a la modificación del objeto del

SSJ

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

contrato: supresión del tercer piso, con todo lo que esto conlleva, el Tribunal la declara probada.

Además del ya mencionado cambio de supresión del 3er. piso, se probó, modificaciones en la forma de contratación de personal (oficio del 17 de enero de 2012 de la interventora AIDA CASTAÑEDA); vinculación de profesional HSEQ no exigida en los términos de referencia ni contrato, y exigida por la interventora CASTAÑEDA AVELLANEDA (oficio de enero 17 de 2012- cuaderno de pruebas 4-1) testimonio de JAZMINE FLORIAN (folio 14). Incorporación de personal no previsto: Acta de reunión 021 del 26 de abril de 2012, numeral 3; certificación de trabajo en alturas: testimonio de JAZMINE FLORIAN (folio 14); modificación de diseños: testimonio de FREDY AUGUSTO MAYA LAGUNA (folio 97) testimonio de LUIS MANUEL RODRIGUEZ DEVIS (folio 15), acta de reunión 022 de 4 de mayo de 2012- numeral 5-; ISMAEL NIÑO RIVERA (FOLIO 35). Así lo declara el Tribunal.

La cuarta pretensión: "se declare que el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. produjo un claro desequilibrio económico-financiero en el contrato en contra de PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. por los cambios unilaterales e inconsultos "Acta de reunión 017 de 28 de marzo de 2012 numeral 7". Hasta el momento llevan un hueco financiero de \$90'000.000".

Como se analizo *in extenso* la pretensión del desequilibrio economico no se probó, y así lo declara el Tribunal.

La quinta pretensión declarativa "que SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. generó e indujo la frustración del contrato por la suspensión injustificada de los trabajos contratados y finalmente, por imposibilitar la ejecución completa del contrato". Resultaron probadas con testimonios de: ALEXANDRA RODRIGUEZ MOTTA, AIDA CASTAÑEDA, BITACORA de obra (cuaderno de pruebas 5-5 anotación del 27 de mayo de 2012), interrogatorio de parte de VICTOR RAUL MARTINEZ PALACIO (folios 14 y 15 –pregunta 17). Sí se probó y así lo declara el Tribunal.

La sexta pretensión: "que se declare que el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. incumplió el contrato civil de obra No. 001 y su otrosí No. 1, celebrados por las partes el día 28 de diciembre de 2011 y 20 de abril de 2012, respectivamente".

553

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

La demora en el pago del anticipo, la suspensión repetida de la obra, el suministro deficiente de planos y diseños por la interventoría y la no liquidación del contrato, amén de la no colaboración idónea, representan incumplimiento parcial de lo pactado, y en ese sentido se pronuncia el Tribunal.

Séptima pretensión: "Que como consecuencia de las declaraciones anteriormente solicitadas, se declare civil y contractualmente responsable al SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99, frente a PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S."

Concordante con el sentido de las anteriores declaraciones el Tribunal declara en efecto civil y contractualmente responsable a la convocada.

Octava pretensión: "Como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. a pagar a PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. las siguientes sumas de dinero:

Las pretensiones que obran en la demanda a excepción del desequilibrio financiero que no prospera serán reconocidas en este Laudo, así, tal como aparecen los items que aparecen probados en el dictamen pericial financiero y contable rendido por la perito GLORIA ZADY CORREA, el cual contiene los intereses corrientes bancarios tal como se solicitaron expresamente en la demanda por la convocante y tal como lo establece el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, es decir a partir del día siguiente a la notificación del auto admisorio de la demanda (24 de septiembre de 2013) en los siguientes términos:

| CONDENA | VALOR CONDENA | FECHAS | | VALOR INTERESES |
|-----------------------------|------------------|------------|------------|--------------------|
| | | DESDE | HASTA | |
| HIERRO | 13.904.091 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 4.481.508 |
| CASETÓN | 1.247.975 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 402.242 |
| STAND BY 9 DÍAS | 8.599.123 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 2.771.633 |
| GASTOS DE ADMON 50 DÍAS | 80.014.252 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 25.789.858 |
| BAÑOS | 1.945.250 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 626.985 |
| SEGUROS | 18.297.273 | 15/07/2012 | 29/09/2015 | 10.754.149 |
| CONCRETO | 59.484.819 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 19.172.897 |
| CURSO EN ALTURAS | 2.088.000 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 672.995 |
| ELECTRICOS | 16.100.946 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 5.189.589 |
| MATERIAL CONTENEDORES | 30.861.603 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 9.947.182 |
| UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR | 24.468.360 | 15/07/2012 | 29/09/2015 | 14.381.181 |
| MADERA | 9.122.538 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 2.940.338 |
| ANDAMIOS | 1.200.211 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 386.847 |

SSC

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

| | | | | |
|--------------------------|--------------------|------------|------------|--------------------|
| GASTOS DE ADMINISTRACION | 132.023.933 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 42.553.401 |
| TOPOGRAFIA | 9.643.053 | 24/09/2013 | 29/09/2015 | 3.108.108 |
| TOTAL | 409.001.427 | | | 143.178.916 |

Lo cual corresponde a un total de QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$552.180.343.00), se sumar las reclamaciones probadas dentro del proceso y los intereses de mora causados desde la presentación de la demanda hasta la fecha.

Novena pretensión: "se condene a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A. a reconocer y pagar intereses corrientes comerciales sobre todas las sumas de dinero relacionadas en el numeral anterior desde la fecha de la presentación de la demanda o las erogaciones y hasta la fecha de pago" (sic). El Tribunal accederá a reconocer los intereses desde la fecha de la presentación de la demanda.

Decima pretensión: "Se condene a SI99 a pagar a favor de PRIME, la suma de \$210'000.000 por concepto de cláusula penal, prevista en la cláusula décima segunda del contrato civil de obra No. 001 de 2011".

Respecto de la cláusula penal, el Tribunal no condena por este concepto, toda vez que al tenor de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, no hay lugar a pedir paralelamente por los varios conceptos, salvo los casos contemplados en esas normas, excepciones que reitera el Tribunal, no se incluyeron en el acuerdo negocial. En este sentido de ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial C.J. Tomo LXLXVI, página 357).

Décimo primera pretensión: se condene a la convocada a pagar las costas procesales, incluidas agencias en derecho".

Por cuanto prosperan las pretensiones de la demanda el Tribunal no analiza las pretensiones subsidiarias por sustracción de materia, pues esta relevada de examinar las excepciones de merito.

Afirma la doctrina, y el derecho jurisdiccionalmente reconocido, que las costas estarán a cargo de la parte que resulte responsable del incumplimiento del contrato y en este sentido se pronunciará el Tribunal.

S 55

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

2. Pretensiones de la demanda de reconvención

Bastan los razonamientos que a espacio se expusieron en las consideraciones precedentes, en el sentido de que fue SI99 la que, de manera determinante y grave, incurrió en incumplimiento contractual, de suerte que a ellas se remite ahora el Tribunal para desestimar las suplicas que ahora se formulan.

Luego, salvo las pretensiones relativas a la declaración de existencia del contrato y su otrosí, el que se declara terminado pero por incumplimiento de la convocada, se impone denegar las demás peticiones de este libelo, como en efecto se dispondrá en la parte pertinente.

3. Excepciones demanda de reconvención.

Resueltas así adversamente dichas pretensiones, deviene palmario que no resulta necesario pronunciarse sobre las excepciones propuestas en la contestación por Prime S.A.

G. Costas.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden y lo resuelto en la parte resolutive el Tribunal al ponderar la normatividad aplicable en proceso de esta naturaleza y teniendo en cuenta que han prosperado las pretensiones de la demanda con excepción del desequilibrio económico llega a la conclusión de condenar a la parte convocada, así.

El artículo 392 del Código de Procedimiento Civil en lo pertinente a esta actuación dispone:

"ARTÍCULO 392. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. [...].*
- 3. La condena se hará en la sentencia [...]. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. [...]*

SS6

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

liquidación. [...]

6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. [...]

9. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

En el presente caso el Tribunal, procederá a condenar a la Convocada a cancelar a la Convocante el 80 % de las costas en las que ésta última incurrió dentro del presente trámite arbitral y cuya causación se encuentre debidamente acreditada en el expediente y de igual forma condenar a las partes a pagar a la sociedad llamada en garantía por no haber prosperado el llamamiento en garantía.

Las costas se encuentran compuestas por las expensas, que son aquellos gastos judiciales en que las partes incurrieron por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso*” (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico costas, luego el juez, al momento de realizar la respectiva condena, debe tener en cuenta tal circunstancia.

Por consiguiente, a continuación se procede a liquidar las costas que deberán ser pagadas en la proporción antes indicada a favor de la Convocante y de la llamada en garantía, incluyendo no sólo el valor de los gastos en que incurrió cada una de las partes durante el desarrollo del proceso, sino también el de las correspondientes agencias en derecho, las cuales serán fijadas en lo correspondiente al 80% de los honorarios de antes de IVA de uno de los árbitros, es decir, en la suma de QUINCE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL (\$15.564.000.00.) en relación con los que deberán ser pagados por la parte Convocada y la totalidad de lo fijado como honorarios de un árbitro, es decir, CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$4.863.750.00), como honorarios fijados para tramitar el llamamiento en garantía y que deberán ser pagados por las partes a la sociedad llamada en garantía.

557

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas a cargo de la parte Convocante, cuya totalidad será asumido por la Convocada, así:

| | |
|--|------------------------|
| Honorarios de los árbitros. Incluido IVA (50%) | \$ 33.851.700.00 |
| Honorarios del Secretario (50%). Incluido IVA. | \$ 5.641.000.00 |
| Gastos de funcionamiento del Centro de Arbitraje y protocolización y otros gastos, del primer rubro. (50%) | \$ 5.641.000.00 |
| Honorarios de la perito Gloria Zady Correa | \$20.000.000.00 |
| Honorarios del perito Carlos Ortega | \$4.000.000.00 |
| Gastos del Tribunal (50%) | \$590.000.00 |
| TOTAL DE GASTOS A CARGO: | \$69.723.700.00 |

El valor total de las expensas a cargo de la convocante, será el 80% de las costas la cual corresponde a la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTO SETENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$55.778.960.00), a la cual se adiciona el rubro correspondiente a agencias en derecho, las cuales se fijaron en la misma proporción de las expensas del proceso y tomando como parámetro el 80% del valor de los honorarios fijados en este Tribunal a uno de los árbitros, esto es, la suma de QUINCE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL (\$15.564.000.00.), lo cual arroja un total de costas de SETENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA (\$71.342.960)

Y a continuación teniendo en cuenta lo dicho anteriormente en relación con las agencias en derecho a favor de la sociedad llamara en garantía, se realiza la

SS8

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

liquidación de las costas a favor de SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., con base en los gastos asumidos por esta parte en el llamamiento en garantía.

| Concepto | Valor |
|--|------------------------|
| Honorarios para los tres árbitros (IVA, incluido) | \$16.925.850.00 |
| Honorarios del Secretario (sin IVA) | \$2.820.975.00 |
| Gastos de Administración Centro de Arbitraje (sin IVA) | \$2.820.975.00 |
| Otros gastos | \$295.000.00 |
| Total | \$22.862.800.00 |

El valor total de las expensas a cargo de la sociedad llamada en garantía, por ser la totalidad de las costas es de VEINTIDOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$22.862.800.00), a la cual se adiciona el rubro correspondiente a agencias en derecho, las cuales se fijaron en la misma proporción de las expensas del proceso y tomando como parámetro el valor de los honorarios fijados en este Tribunal a uno de los árbitros, esto es, la suma de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$4.863.750.00), lo cual arroja un total de costas de VEINTISIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTISEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$27.726.550), los cuales deberán ser pagadas por mitades por cada una de las partes a favor de la sociedad llamada en garantías, es decir la suma de TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$13.863.275.00)

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida " Otros gastos", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar.

Se condene en costas en su totalidad de la parte de expensa de este arbitraje a la parte convocada.

SS9

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

H. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal de arbitraje constituido para resolver las diferencias contractuales surgidas entre Prime Consultorias y Construcciones S.A.S., parte convocante y la Sociedad Sistema Integrado de Transporte SI99 S.A., parte convocada, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley y autorización de las partes, resuelve.

PRIMERA: Rechazar la objeción por error grave al peritaje técnico solicitado por las partes, suscrito por el Ingeniero Carlos Ortega Dávila, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDA: Declarar que no prospera la excepción propuesta por la parte convocada.

TERCERA: Acceder a las pretensiones principales de la demanda, salvo la relativa a la reclamación al desequilibrio económico y financiero -Pretensión Cuarta de la demanda-, la cual se niega.

CUARTA: Declarar el incumplimiento del contrato por parte de SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. y como consecuencia de lo anterior, terminado el contrato y otrosí, materia de este proceso.

QUINTA: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la fecha de este laudo a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. a pagar a PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL TRECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS MCTE. (\$552.180.343.00), cantidad por concepto de capital e intereses, de acuerdo con los ítems identificados en la parte motiva.

SEXTA: Negar las pretensiones relacionadas con el llamamiento en garantía respecto de la sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y como consecuencia absorberla de los cargos formuladas en la demanda inicial.

SÉPTIMA: Declarar que no procede imponer a PRIME CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S, ninguna sanción en función del juramento estimatorio presentado con la demanda.

560

PRIME CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

OCTAVA: Negar las pretensiones de la demanda de reconvención por las razones establecidas en el laudo y consecuentemente absolver a PRIME CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S. de las reclamaciones contenidas en este libelo.

NOVENA: Declarar que no procede imponer a la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A, ninguna sanción en función del juramento estimatorio presentado con la demanda de reconvención.

DÉCIMA: Negar las pretensiones relacionadas con el llamamiento en garantía respecto de la sociedad SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A. y como consecuencia absorverla de los cargos formuladas en la demanda de reconvención.

DÉCIMA PRIMERA: Declarar probada la excepción denominada "contrato no cumplido y consecuente inexistencia de siniestro", propuesta por SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.

DÉCIMA SEGUNDA: Condenar a la parte convocada sociedad Sistema Integrado de Transporte SI99 S.A, al pago de las costas a favor de la sociedad Prime Consultorías Y Construcciones S.A.S. en el presente Arbitraje incluidas agencias en derecho de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo, por la suma de SETENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$71.342.960.00).

DÉCIMA TERCERA: Condenar a la sociedad SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A, a favor de la sociedad llamada garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., al pago de las costas causadas en el presente Arbitramento incluyendo las agencias en derecho de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo, por la suma de TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$13.863.275.00)

DÉCIMA CUARTA: Condenar a la sociedad PRIME CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S., a favor de la sociedad llamada garantía SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A., al pago de las costas causadas en el presente Arbitramento incluyendo las agencias en derecho de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este Laudo, por la suma de

SG/

PRIME CONSULTORIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
VS.
SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI99 S.A.

TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$13.863.275.00)


DÉCIMA QUINTA: Las condenas impuestas en ésta providencia causarán intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

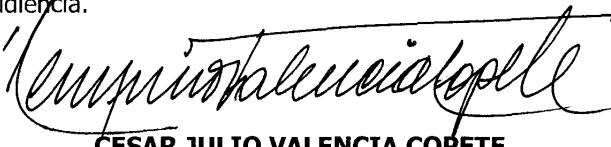
DÉCIMA SEXTA: Declarar causado los saldos de los honorarios y de la secretaría a cuyo efecto el presidente hará los pagos respectivos.

DÉCIMA SÉPTIMA: Ordenar por secretaría copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada unas de las partes y copias simples para el Centro de Arbitraje de Conciliación de la Cámara de Comercio.

DÉCIMA OCTAVA: Disponer una vez se encuentre en firme esta providencia el archivo del expediente ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La anterior decisión se notifica en audiencia.


IVONNE GONZÁLEZ NIÑO
Árbitro Presidente


CESAR JULIO VALENCIA COPETE
Árbitro


LUIS CAMILO OSORIO ISAZA
Árbitro


CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario del Tribunal